

Der Begriff „unbillig“ in § 131 Abgabenordnung

Ein Versuch der rechtstheoretischen Konkretisierung

Dissertation,
vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von
Heribert Rödel
Mainz

1975

Der Begriff "unbillig" in § 131 Abgabenordnung.

Ein Versuch der rechtstheoretischen Konkretisierung.

Dissertation, vorgelegt der Recht- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg Universität in Mainz zur Erlangung
des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von

Heribert Rödel



Hauptberichterstatter:

Professor Dr. Grass

Mitberichterstatter:

Professor Dr. Armbruster

Datum der mündlichen Prüfung: 4. Februar 1975

B. Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
Abschn.	= Abschnitt
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	= alte Fassung
Anm.	= Anmerkung
AO	= Reichsabgabenordnung vom 22.Mai 1931, in der Fassung vom 6. Oktober 1965 (BGBl I, S. 1477)
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
Bd.	= Band
BdF	= Bundesminister der Finanzen
BFH	= Bundesfinanzhof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundes- gerichtshofs in Zivilsachen
BStBl	= Bundessteuerblatt
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundes- verfassungsgerichts
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundes- verwaltungsgerichts
bzw.	= beziehungsweise
DB	= Der Betrieb
DDR	= Deutsche Demokratische Republik
Diss.	= Dissertation
DStZ (A)	= Deutsche Steuer-Zeitung, Ausgabe A
DStZ (B)	= Deutsche Steuer-Zeitung Ausgabe B
E	= Entscheidung

EFG	= Entscheidungen der Finanzgerichte
Erl.	= Erlaß
ESTG	= Einkommensteuergesetz in der Fassung vom 10. Dezember 1965 (BStBl 1965 I, S. 1901).
ESTR	= Einkommensteuer-Richtlinien für das Kalenderjahr 1963 vom 25. März 1964 (Beilage zum BAnz Nr. 61)
f., ff.	= folgende
F.	= Fach
FA	= Finanzamt
FG	= Finanzgericht
FinMin	= Finanzministerium (-minister)
FN	= Fußnote
gem.	= gemäß
GmbH	= Gesellschaft mit beschränk- ter Haftung
GmbH-Rdsch.	= Rundschau für GmbH
J	= Corpus Juris Civilis, institutionum
i.S.	= im Sinne
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
Kap.	= Kapitel
KG	= Kommanditgesellschaft
KStG	= Körperschaftsteuergesetz in der Fas- sung vom 24. Mai 1965, in der Fassung des Gesetzes vom 15. September 1965 (BGBl 1965 I, 1350)
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LStDV	= Lohnsteuer-Durchführungsverordnung in der Fassung vom 22. November 1965 (BGBl 1965, S. 1829)
n.	= numerus
NBw	= Neue Betriebswirtschaft
N.E.	= Nikomachische Ethik
n.F.	= Neue Fassung

NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
NWB	= Neue Wirtschaftsbriefe
o.	= ohne
OFD	= Oberfinanzdirektion
OFG	= Oberster Finanzgerichtshof
OHG	= Offene Handelsgesellschaft
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Obergerverwaltungsgericht
Prot.	= Protokolle
RdNr.	= Randnummer
RFH	= Reichsfinanzhof
RG	= Reichsgericht
RGBL	= Reichsgesetzblatt
RGZ	= Entscheidungen des Reichs- gerichts in Zivilsachen
RStBl	= Reichssteuerblatt
S.	= Satz, Seite
Sp.	= Spalte
StAnpG	= Steueranpassungsgesetz vom 16. Oktober 1934 in der Fassung des Gesetzes vom 23. April 1963 (BGBI 1963 I, S. 197)
StbJb	= Steuerberater-Jahrbuch
StRK	= Steuerrechtssprechung in Karteiform
StRK-Anm.	= StRK-Anmerkungen
StuP	= Studium und Praxis
StuW	= Steuer und Wirtschaft
Tz.	= Textziffer
u.	= und
Urt.	= Urteil
v.	= vom
v. Chr.	= vor Christi
VG	= Verwaltungsgerichte
vgl.	= vergleiche

VGO = Verwaltungsgerichtsordnung
vom 21. Januar 1960, in der
Fassung des Gesetzes vom 12. August 1965
(BGBI 1965 I, S. 782)

VO = Verordnung

z.B. = zum Beispiel

Ziff. = Ziffer

zit. = zitiert

- Aquin von Thomas, Summa Theologica, in: Deutsche Thomas-Ausgabe der Summa Theologica, herausgegeben von der Albertus-Magnus-Akademie Walberg b.Köln, 18.Band: Recht und Gerechtigkeit, 1953
- Aristoteles, Nikomachische Ethik, in Aristoteles Werke, herausgegeben von Ernst Grumbach, übersetzt von Franz Dirlmeier, Bd.6, Darmstadt 1956
- Aster von Ernst, Geschichte der neueren Erkenntnistheorie, Berlin-Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verlage 1921
- Bachoff Otto, Urteilsanmerkung, DöV 1951, S. 586
- Bachoff Otto, Verfassungswidrige Verfassungsnormen ? Tübingen Mohr 1951 Heft 163/164
Schriftenreihe: Recht und Staat
- Badura Peter, Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre, Erlangen: Palm & Enke 1959
Diss. jur. 1959
- Barske Kurt, Reichsabgabenordnung 7.neubearb.Auflage Stuttgart, Fachverlag für Wirtschafts- und Steuerrecht 1965
- Baumgarten Artur, Grundzüge der juristischen Methodenlehre Bern, Huber 1939
- Becker-Riewald-Koch, Reichsabgabenordnung mit Nebengesetzen, Kommentar 9. Auflage, Köln - Berlin - Bonn - München, 1963
- Becker, Kommentar zur Reichsabgabenordnung, 4.Auflage 1925
- Bergbohm Karl, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd.I: Das Naturrecht der Gegenwart, Leipzig 1892
- Betti Emilio, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, Tübingen Mohr 1967
- Betti Emilio, Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, Festschrift für Ernst Rabel Bd.II Tübingen Mohr - 1954
- Bierling Ernst Rudolf, Juristische Prinzipienlehre Bd. 1 - 5, Freiburg-Leipzig-Tübingen Mohr 1894 - 1917
- Binder Julius, Rechtsbegriff und Rechtsidee, Leipzig Deichertsche Verl.Buchhandlung Scholl 1915
- Binder Julius, Rechtsnorm und Rechtspflicht, Leipzig 1912
Neudruck Aalen 1970
- Binder Julius, Philosophie des Rechtes, Berlin, Stilke 1925
- Binding Karl, Handbuch des Strafrechts I Leipzig, Dunker & Humblot 1885
- Blomeyer Arwed, Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren, Berlin, Göttingen, Heidelberg, Springer 1963

- Bluntschli Joh.Kaspar Allgemeines Staatsrecht, 2.Auflage
München, Cotta 1857
- Bodungen v.Thilo, Rechtskraftdurchbrechung im Steuerrecht mit
Billigkeitserlass nach § 131 AO, Diss.jur.
München 1968
- Boeckenfoerde Werner, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe
des Richters, Berlin, de Gruyter 1957
- Boehmer Gustav, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung
Bd. I, II, II 2, 1950 B.Mohr-Verlag, Tübingen
- Bornhak Conrad, Die vertragsmäßigen Grundlagen der Reichs-
verfassung, AöR 7,329 ff.
- Browne Denis, Ashbūrner's Principles of Equity, second
edition 1933
- Bühler/Strickrodt, Steuerrecht, Grundriß in 2 Bänden, Bd.1
Allgemeiner Teil, 3.Auflage 1960, Wiesbaden
- Bülow Oskar, Gesetz und Richteramt, Leipzig, Duncker & Hu-
blot, 1885
- Coing Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950
- Dernburg Heinrich, Pandekten 7.Auflage Berlin, Müller 1902
- Diedrichsen Uwe, Topisches und systematisches Denken in der
Jurisprudenz NJW 66,697
- Duden, Herkunftswörterbuch Etymologie, 1963
Dudenverlag Mannheim
- Dulckeit Gerhard, Römische Rechtsgeschichte, 1957 München - B.
- Dyckhoff Reinhold, Die Steuermilderung aus Billigkeitsgründen
Eine Untersuchung über ihr Wesen und ihre Zu-
lässigkeit im Rechtsstaat, Diss.jur. 1959 M.
- Ehrlich Eugen, Grundlegung der Soziologie des Rechtes, Mün-
Leipzig, Duncker & Humblot, 1913
- Ehrlich Eugen, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft
Leipzig 1903, Neudruck Aalen, Scientia Verl
1973
- Ehrlich Eugen, Recht und Leben, herausgeg. Manfred Rehbinder
Berlin: Duncker & Humblot (1967)
- Ehrlich Eugen, Juristische Logik, Tübingen, Mohr - 1918
- Eisler Rudolf, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 4.
lage Berlin, Mittler 1927 - 1930
- Elsener Ferdinand, Gesetz, Billigkeit und Gnade im kanonischen
Recht, in: *summum ius, summa iniuria*, Individu-
algerechtigkeit und der Schutz allgemeine
Werte im Rechtsleben, in: Tübinger Rechtswi-
ssenschaftliche Abhandlungen, 1963 Tübingen
S. 168 ff.

- Engisch Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung 2.Auflage Heidelberg 1960
- Engisch Karl, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg, Winter 1935
- Engisch Karl, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2.Auflage, Heidelberg, Winter 1968
- Engisch Karl, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium generale Bd.10, 1957 S. 173 ff.
- Esser Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts 2.Auflage 1964 B.Mohr-Verlag, Tübingen
- Esser Josef, Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtssprechung im modernen Privatrecht, in summum ius summa iniuria - Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, in: Tübinger Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen
- Esser Josef, Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil, Karlsruhe, C.F. Müller 1965
- Esser Josef, Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, in YZ 1953, 521 ff.
- Fechner Hermann Adolf, über den Gerechtigkeitsbegriff des Aristoteles, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1855 Aalen: Scientia 1964
- Fechner Erich, Rechtsphilosophie 2.Auflage, Tübingen, Mohr 1962
- Felix Günther, Ermessensausübung im Steuerrecht, Bd.11 der Schriftenreihe des Instituts der Wirtschaftsprüfer, 1955 Düsseldorf
- Felix Günther, Kommentierung zu § 2 StAnpG in: Judeich-Felix, Kommentar zum Steueranpassungsgesetz, 1960 Düsseldorf
- Felix Günther, Praktikabilitätsabwägungen als Auslegungsgrundsatz in Steuerrechtsfragen, in: Von der Auslegung und Anwendung der Steuergesetze, Stuttgart 1958 S. 124 ff.
- Felix Günther, Urteilsanmerkung: in BB 1955, S. 213
- Felix Günther, Gehalt und Nachprüfbarkeit steuerlicher Gnadenakte (§ 477 I AO) in StW 1960 Sp.101
- Fleiner Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 8. Auflage 1928, Tübingen Mohr
- Fließbach Wilhelm, Zum Beschluss des BFH vom 9.11.1955 II L45055 StW 1956 Nr.86,3. Für Ermessensentscheidungen sind die Grundsätze von Recht und Billigkeit, nicht aber die der Zweckmäßigkeit maßgebend, in: StW 1956, Sp. 259 ff.
- Fließbach Wilhelm, Erläuterungen zur Rechtsprechung in StW 1958 Sp. 753 ff.

Fließbach Wilhelm,	Recht und Billigkeit, nicht Zweckmäßigkeit als Ermessensgrenzen, in: StW 1953, Sp.427
Flume Werner,	Die Billigkeitsmaßnahmen des § 131 AO nach neuem Recht, StbJb 1953 /98
Forsthoff Ernst,	Lehrbuch des Verwaltungsrechtes Bd.1, Allgemeiner Teil 7. Auflage, München-Berlin 1958
Fuchs Ernst,	Was will die Freirechtsschule ? Rudolstadt
Fuchs Ernst,	Juristischer Kulturkampf, Karlsruhe 1912
Fuchs Ernst,	Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe 1909
Fuchs Ernst,	Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz Berlin 1908
Fuchs Ernst,	Gesammelte Schriften über Freirechts- und Rechtsreform, 1970 "Gerechtigkeitswissenschaft" herausgegeben von Albert S.Foulkes
Gadamer Hans Georg,	Wahrheit und Methode, 2.Aufl. Tübingen Mohr
Gaul Hans Friedhelm,	Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechtes und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, Bielefeld, Deutscher Heimat-Verlag 1956
Geerds Friedrich,	Gnade, Recht und Kriminalpolitik, Tübingen, Mohr 1960
Geiger Theodor,	Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Neuwied - Berlin Luchterhand 1964
Gerber v.Karl Friedr.,	Grundzüge des deutschen Staatsrechts, Neudruck der 3.Aufl. Leipzig 1880 Aalen Scientia-Verlag 1969
Glockner Hermann,	Das Abenteuer des Geistes, Stuttgart, Frommann 1938
Grewe Wilhelm,	Gnade und Recht, Hamburg 1936, Hanseatische Verlagsanstalt
Hartmann v.Eduard,	Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins, Berlin, Duncker 1879
Hartmann Nicolai,	Ethik, 4.Auflage, Berlin, de Gruyter 1962
Hassemer Winfried,	Tatbestand und Typus, Köln-Berlin-Bonn-München 1968 Meymann Diss.jur. Saarbrücken
Heck Philipp,	Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz AcF 112 S. 1 ff.
Heck Philipp,	Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft AcP 122,
Heck Philipp,	Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner AcF 142, S. 129 ff.; S. 297 ff.
Heck Philipp,	Das Problem der Rechtsgewinnung, 2.Auflage, Tübingen, Mohr 1932
Heck Philipp,	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen, Mohr 1932

- Hedemann Justus Wilh., Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen, Mohr 1933
- Hegel Gg.Wilh.Friedr., Werke in 20 Bänden Suhrkamp 1970
- Henkel Heinrich, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1.Auflage 1964, Beck-Verlag München - Berlin
- Henkel Heinrich, Recht und Individualität, Berlin, de Gruyter 1958
- Hempel Karl G./Oppenheim Paul, Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, Leiden, Sijthoff 1936
- Hensel Albert, Die Abänderung des Steuertatbestandes durch freies Ermessen und der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz VJSchr.Stf 1927, 66 ff.
- Hensel Albert, Steuerrecht 3.Aufl. Berlin Springer 1933
- Hensel Albert, Verfassungsrechtliche Bindung des Steuergesetzgebers. Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit - Gleichheit vor dem Gesetz, in VJSchrStf 1930, 441 ff.
- Hering Carl Joseph, Die Billigkeit im philosophischen Rechtsdenken. Untersuchung zur Axiomatik des Rechts mit besonderer Berücksichtigung der neueren deutschen Rechtsphilosophie, Diss.phil. Bonn 1938
- Hessen Johannes, Lehrbuch der Philosophie Bd.2 Wertlehre München - Basel, Reinhardt 1964
- Hirsch Ernst E., Recht im sozialen Ordnungsgefüge, Berlin, Duncker & Humblot 1966
- Hoffmann, Urteilsanmerkung in FR 55,494
- Hoffmann, Urteilsanmerkung in FR 57,571
- Hübschmann-Hepp-Spitaler, Kommentar zur Reichsabgabenordnung und den Nebengesetzen, 1.-5.Auflage, Köln 1951/65, Loseblattausgabe
- Husen van Paul, Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justizfreie Rechtsakte ? in: DVBl 1953, 72 ff.
- Husserl Gerhard, Recht und Zeit, Frankfurt, Klostermann 1955
- Husserl Gerhard, Der Rechtsgegenstand, Berlin, Springer - 1935
- Ipsen Hans Peter, Rechtsfragen berufständischer Zwangsversorgung, Rechtsgutachten 1954, abgedruckt in: Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft vom Standpunkt der Versicherungswissenschaft betrachtet, Berlin, 1954, Duncker & Humblot
- Ipsen Hans, Gleichheit, in: "Die Grundrechte", herausgegeben von Neumann-Nipperdey - Scheuner, Bd.2, Berlin 1954 S. 111 ff.
- Isay Hermann, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin, Vahlen 1929

- Jahrreiß Hermann, Gesetz und Recht - Recht und Gesetz, zur Auslegung des Art.20 III des Bonner Grundgesetzes NJW 50 S. 3 ff.
- Jhering v. Rudolf, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung 3.Auflage 1872, Leipzig, Breitkopf u. Härtel
- Jung Franz, v Bedeutung und Rechtswirksamkeit von Ermächtigungsvorschriften nach Inkrafttreten des Grundgesetzes
- Kaatz, Urteilsanmerkung in: FR 1958 S. 492
- Kant Immanuel, Kants Werke Akademie - Textausgabe 1968 Walter de Gruyter & Co., Berlin
- Kantorowicz Hermann, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906
- Kantorowicz Hermann, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg, Winter 1906
- Kantorowicz Hermann, Rechtswissenschaft und Soziologie, Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre. Herausgegeben von Thomas Würtenberger, Karlsruhe, Müller, 1970
Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Bd.19
- Kantorowicz Hermann, Rechtshistorische Schriften, herausgegeben von Helmut Coing, Karlsruhe, Müller 1970
Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 30
- Kaser Max, Römisches Privatrecht, 6.Auflage 1968, Beck-Verlag, München
- Kaufmann Arthur, Naturrecht und Geschichtlichkeit, Tübingen, Mohr - 1957
- Kaufmann Arthur, Gesetz und Recht, in: Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf 1962 S. 357 ff.
- Kaufmann Erich, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, Tübingen, Mohr - 1921
- Kaufmann Arthur, Analogie und "Natur der Sache", Karlsruhe C.F. Müller, 1965
- Keeton G.W., An Introduction to Equity, 1961, London
- Kelsen Hans, Reine Rechtslehre 2. Auflage, Wien, Deuticke
- Kisch Guido, Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit - Studien zum humanistischen Rechtsdenken, Basel 1960
- Klueber Joh.Ludwig, Öffentliches Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten, 4.Auflage, Frankfurt, André 1840
- Klug Ulrich, Juristische Logik, 3.Auflage, Berlin - Heidelberg New York, Springer 1976
- Kriele Martin, Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Beispiel der Verfassungsinterpretation, Berlin, Duncker & Humblot 1967

- Kraft Julius, Vorfragen der Rechtssoziologie, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 45, 1-76
- Krüger Hildegard, Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsgrundlage öffentlich-rechtlicher Gruppenrechte, in: DVBl 1955, 178 ff.
- Kruse Heinr. Wilh., Steuerrecht I. Allgemeiner Teil, 3. Auflage 1973 Beck-Verlag, München
- Laband Paul, Das Gnadenrecht in Finanzsachen nach preußischem Recht, in: AöR Bd. 7 S. 109 ff.
- Laband Paul, Das Staatsrecht des deutschen Reiches 4. Auflage Bd. 1 - 4, Tübingen - Leipzig, Mohr 1901
- Larenz Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1969, Springer-Verlag, Berlin - Heidelberg - New York
- Larenz Karl, Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in: Festschrift für Arthur Nikisch S. 275 ff., Tübingen, Mohr 1958
- Lask Emil, Rechtsphilosophie, Festschrift für Kuno Fischer, Heidelberg, Winter 1905
- Laule Gerhard, Der Gleichheitssatz in der Rechtsprechung der Steuergerichte, Düsseldorf 1961
- Leenen Detlev, Typus und Rechtsfindung, Berlin, Duncker & Humblot 1971, Diss. jur. München 1971
- Leibholz Gerhard/Rinck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, 4. Aufl. Köln - Marienburg, O. Schmidt 1971
- Leibholz Gerhard, Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, in: DVBl 1951, S. 193
- Lerche Peter, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln - Berlin - München - Bonn 1961
- Litt Theodor, Das Allgemeine im Aufbau der geisteswissenschaftlichen Erkenntnis, Leipzig, Hirzel 1941
- Litt Theodor, Erkenntnis und Leben, Leipzig - Berlin, Teubner 1923
- Loewer Albrecht, Bedeutung und Wirksamkeit des neuen § 131 AO, in: Deutsche Steuer-Zeitung, Ausgabe A 1954, S. 159 ff.
- Loening Hellmuth, Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit in: DVBl 1951, 235 ff.
- Maihofer Werner, Naturrecht als Existenzrecht, Frankfurt, Klostermann 1963
- Maihofer Werner, Die Natur der Sache, ARSP 1968 S. 145 f.
- Mangoldt v. Herrmann, Das Bonner Grundgesetz 2. Aufl., bearbeitet von Friedrich Klein, Berlin - Frankfurt, Vahlen 1957
- Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern 1969 München, Boorberg
- Mattern/Mesmer, Reichsabgabenordnung - Mit Nebengesetzen einschließlich Steuerberatungsrecht, Bonn 1964

- Mattern Gerhard/Wittneben Albert, Das Abgabenänderungsgesetz vom 11.7.1953, Kommentar München, Beck 1954
- Mattern Gerhard, Das Gesetz zur Änderung von einzelnen Vorschriften der Abgabenordnung und anderer Gesetze, in: FR 1953, S. 239 f.
- Mattern Gerhard, Buchbesprechung in: J 2 1958, S. 765
- Maunz Theodor, Deutsches Staatsrecht, 19. Auflage Beck, München 1973
- Maunz Theodor/Dürig Günter/Roman Herzog, Grundgesetz, Kommentar 3. Aufl., München Beck - 1969 - Loseblatt-Ausgabe
- Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht 2. Auflage, Bd. 1 - 2 Leipzig - München, Duncker & Humblot 1924
- Menger Christian-Friedr., Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerechtigkeit, DöV 1955, 587 ff.
- Meyer Georg, Neue Heidelberger Jahrbücher Bd. 1 S. 377 ff.: "Die Verhandlungen des preußischen Abgeordnetenhauses über den Erlass von Stempelsteuer für Fideikomnisse".
- Meyer Georg, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 5. Auflage Leipzig, Duncker & Humblot 1899
- Mitteis Heinrich, Über das Naturrecht, Berlin, Akademie-Verlag 1948
- Müller-Erbach Rudolf, Die Hinwendung der Rechtswissenschaft zum Leben und was sie hemmt. Tübingen, Mohr 1939
- Müller-Erbach Rudolf, Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Tübingen, Mohr 1932
- Müller-Erbach Rudolf, Die Rechtswissenschaft im Umbau, München 1950, Hueber
- Müller Klaus, Zur Anfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen, DVBl 1963, 18 ff.
- Nawiasky Hans, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbeurteilung, 2. Auflage, Einsiedeln - Zürich - Köln, Benzinger 1948
- Niemann Engelhard, Der Steuerverwaltungsakt, in: VJSchrStF 1930, 175 ff.
- Obermayer Klaus, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt Stuttgart - München - Hannover 1956
- Obermayer Klaus, Urteilsanmerkung, DöV 1959, S. 266
- Obermayer Klaus, Der gerichtsfreie Hoheitsakt und die verwaltungsgerichtliche Generalklausel, in: BayVBl 1955, 129 ff.
- Obermayer Klaus, Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes, DVBl 1959, 358 ff.
- Paul Peter, Erlaß von Steuern gem. § 131 AO i. d. F. des AO-Änderungsgesetzes, Diss. jur. Köln 1958
- Faulick Heinz, Lehrbuch des allgemeinen Steuerrechts, 2. Aufl. Köln - Berlin - Bonn - München, Heymann 1972

- Radbruch Gustav, Der Geist des englischen Rechtes, 2.Auflage
Heidelberg, Rausch 1947
- Radbruch Gustav, Rechtsphilosophie, 6.Auflage, Stuttgart,
Koehler 1963
- Radbruch Gustav, Die Natur der Sache als juristische Denkform,
Laun-Festschrift S. 157 ff., Hamburg, Toth-
Verlag 1948
- Reinach Adolf, Zur Prägnomenologie des Rechtes, München,
Kösel - 1953
- Reinicke Gerhard, Die Kollision zwischen Rechtsfrieden und
Gerechtigkeit NJW 1952, 3 ff.
- Rickert Heinrich, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Be-
griffsbildung, 2.Auflage, Tübingen, Mohr 1913
- Ripert Georges, La Règle morale dans les obligation civiles.
4. éd. Paris, Pichon & Durand-Anzias 1949
- Rönne von Ludwig, Des Staatsrecht der preussischen Monarchie,
2.Auflage, Leipzig, Brockhaus, 1964 - 65
- Rosenberg Leo / Schwab Karl Heinz,
Zivilprozeßrecht 10.Auflage, München, Beck 1969
- Rümelin Max, Die Billigkeit im Recht, Tübingen 1921
- Rumpf Max, Gesetz und Richter, Berlin, Liebmann 1906
- Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechts-
lehre, Tübingen, Mohr 1965
- Rupp Hans Heinrich, Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen
Träger hoheitlicher Gewalt, DVB1 1958, 113 ff.
- Ryffel Hans, Das Naturrecht, Bern, Lang - 1944
- Salomon Max, Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles,
Leiden, Sijthoff 1937
- Salzwedel Jürgen, Rechtsstaat im Steuerrecht, in: Rechtsschutz
Steuerrecht, herausgegeben von Günther Felix,
Düsseldorf 1960 S. 34, Verlags Buchh. des
Institutes der Wirtschaftsprüfer
- Savigny v.Friedr.Karl, System des heutigen Römischen Rechtes Bd.1,
Berlin 1840
- Savigny v.Friedr.Karl, Juristische Methodenlehre, herausgegeben von
Gerhard Wesenberg, Stuttgart, Koehler 1951
- Seel Otto, Cicero, 2.Auflage 1961
- Seydel v. Max, Bayrisches Staatsrecht 2.Auflage, Bd.2 1896
Freiburg - Leipzig
- Soergel-Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2,
10. Auflage, Kohlhammer-Verlag 1967
- Somlo Felix, Juristische Grundlehre, 2.Auflage, Leipzig,
Meiner 1927

- Scharr Erwin, De Romanorum iure, latine et germanice - Römisches Privatrecht, lateinisch und deutsch, Stuttgart 1960
- Scheler Max, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik 4.Auflage 1954
- Scheuerle Wilhelm A., Rechtsanwendung, Fachverlag Stoytscheff, Nürnberg - Düsseldorf 1952
- Scheuner Ulrich, Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre, in: Festgabe für Smend "Staatsverfassung und Kirchenordnung" S. 225 ff., Tübingen, Mohr 1962
- Schmitt Karl, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt 1934
- Schönfeld Walther, Der Traum des positiven Rechts AcP 135, 1 ff.
- Spanner Hans, Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichtes AöRBd 91, 503 ff.
- Spitaler Armin, Die Bindung der Finanzverwaltung an das Gesetz in: FR 1954, S.2
- Spranger Eduard, Zur Frage der Erneuerung des Naturrechts, Universitas 1948, S.405 ff.
- Stammler Rudolf, Die Lehre vom richtigen Recht, Berlin, Guttentag 1902
- Stammler Rudolf, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin - Leipzig, de Gruyter 1922
- Stammler Rudolf, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle, Buchhandlung des Waisenhauses 1911
- Steinhauer Joachim, Der Billigkeitsgedanke im modernen deutschen Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Kirchensteuerrechts. Diss.jur. Köln 1968
- Stern Klaus, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JA 1960, 557 ff.
- Sötter Viktor, Urteilsanmerkung in: BB 1963, S.1286
- Stoll Heinrich, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: Festschrift für Heck, Rümelin und A.B. Schmidt 1931, S.60 ff.
- Stratenwerth Guenter, Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache, Tübingen, Mohr 1957
- Tipke - Kruse Reichsabgabenordnung, Kommentar 2.-3. Auflage Köln 1965/68
- Trude Peter, Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie, Berlin 1955
- Ule Carl Hermann, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Köln - Berlin, Heymann 1960
- Viehweg Theodor, Topik und Jurisprudenz, München, Beck - 1953

Wach Adolf,	Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig, Duncker & Humblot 1885
Wacke,	Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit, in: StW 1947 Sp.21
Waiblinger Heinz-Uli,	Gesetzmäßigkeit und Ermessensfreiheit bei Steuerstundung und Steuererlaß, Diss.jur. Würzburg 1966
Weber Max,	Rechtssoziologie, Neuwied - Berlin, 2.Auflage, Luchterhand 1967
Welzel Hans,	Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4.Auflage 1962, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen
Wieacker Franz,	Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242, 1956 B.Mohr-Verlag, Tübingen Reihe: Recht und Staat 193/194
Wieacker Franz,	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Auflage 1967, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen
Wieacker Franz,	Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe C.F.Müller 1958
Windscheid Bernhard,	Lehrbuch des Pandektenrechts, 9.Auflage, bearbeitet von Theodor Kipp, Aalen, Scientia-Verlag 1963
Wohlhaupter Eugen	Aequitas canonica, Paderborn 1931
Wolf Erik,	Griechisches Rechtsdenken Bd. 1 - 4, Frankfurt, Klostermann 1950 - 1970
Wolf Erik,	Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte 2.Auflage, Tübingen, Mohr 1944
Wolff Hans J.,	Verwaltungsrecht I - III, 7. Auflage, 1968 Beck-Verlag, München
Württembergers Thomas,	Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, Karlsruhe, C.F.Müller 1957
Zippelius Reinhold,	Problemjurisprudenz und Topik, NJW 67, 2233
Zippelius Reinhold,	Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München, Beck 1972
Zoepfl Heinrich,	Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, 5.Auflage, Leipzig - Heidelberg 1863

	<u>Seiten</u>
Einleitung	8 - 11
1.) Der Wortsinn des Begriffes "unbillig"	11 - 12
2.) Das Absondern von gnadenrechtlichen Elementen aus dem Begriff "unbillig"	12 - 26
a.) Keine Begrenzung der Gnadenakte auf den strafrechtlichen Bereich	15
b.) Abgrenzung der Billigkeitsmassnahme von der Begnadigung	20
aa) Fall Lucius (zugleich historische Darstellung des Problems)	20
bb) Der heutige Meinungsstand	22
cc) Kritik und Darstellung der eigenen Ansicht	23
3.) Auslegung des Begriffes "unbillig" über den Gesetzeszweck des § 131 AO	27 - 58
Darstellung des Problems	27 - 29
a.) Geschichtlicher Überblick	30
aa) Die Entwicklung bis zum Erlass der RAO	30
bb) Die Entwicklung von den Kriegssteuergesetzen bis zum Erlass des Abgabenänderungsgesetzes 1953	31
cc) Die Neuerungen durch Abgabenänderungsgesetz vom 11.7.1953	38
dd) Das Steueränderungsgesetz 1961	41
ee) Seit dem Steueränderungsgesetz 1961 keine Änderung des § 131 I, II AO	41
b.) § 131 AO im Rahmen des staatlichen Innenverhältnisses	42
aa) Grundsätzliches	42
bb) Das überlieferte Gesetzmässigkeitsprinzip und der Grundsatz von der "Verwaltung auf Antrieb des Gesetzes"	43

cc)	Der Grundsatz von der "Verwaltung auf Antrieb des Gesetzes" im Steuerrecht	45
dd)	Die Durchbrechung des Grundsatzes der Gesetzesbindung in § 131 AO	46
α)	gesetzestechnische Durchbrechung des Grundsatzes der Gesetzesbindung im Zusammenhang von rechtsmethodischen Problemen begrifflicher Abstrahierung	46
β)	der materielle Gehalt des § 131 AO	50
c.)	§ 131 AO im Rahmen des Aussenrechtsverhältnisses Bürger - Staat	52
aa)	§ 131 AO, der Billigkeitserlass und der Grundsatz vom Gesetzesvorbehalt	52
bb)	rechtliche Qualifizierung des Billigkeitserlasses	55
α)	Rechtsnatur des Billigkeitserlasses	55
β)	Steuererlass als eine Massnahme der Steuererhebung	55
d.)	Ergebnis	58
4.)	Der konkrete rechtswissenschaftliche Gehalt des Begriffes "unbillig"	58-112
a.)	Darstellung der grundsätzlichen Problematik	58
aa)	Der Begriff "unbillig" als positiver Rechtsbegriff	58
α)	Kritik des positivistischen Rechtsbegriffes durch die Freirechtsbewegung	61
β)	Bestätigung der freirechtlichen Kritik am positiven Rechtsbegriff durch die Interessenjurisprudenz	62
γ)	Verfestigung der Ablehnung des positiven Rechtsbegriffes durch rechtssoziologische Erkenntnisse	63

d)	Endgültige Überwindung des positiven Gesetzesverständnisses durch rechtsphilosophische und rechtsmethodische Erkenntnisse der Neuzeit	65
αα)	Vom Neukantianismus befruchtetes Rechtsdenken	65
ββ)	Phänomenologische Rechtstheorie	67
γγ)	Die Haltung des Neuhegelianismus	68
δδ)	Topische Methode	69
bb)	Bestätigung der Ablehnung vom Subsumtionsdogma durch den Niedergang der Kodifikationsidee.	71
α)	Die Unzulänglichkeit der axiomatisch-deduktiven Methode	72
β)	Die Abhängigkeit des Rechts von der Zeit	75
b.)	Aufsuchen der für die Rechtsanwendung massgeblichen Maßstäbe	78
aa)	Judiz	79
bb)	Naturrecht	80
α)	Der Aussagegehalt des relativen Naturrechts	81
β)	Ungeeignetheit des absoluten Naturrechts	84
cc)	Freirechtsbewegung	88
dd)	Rechtssoziologie	93
ee)	Interessenjurisprudenz	98
ff)	Topik	103
gg)	Methodenvielfalt und offenes System	108

5.) Die für die rechtliche Konkretisierung des Begriffes "unbillig" infrage kommenden verfassungsrechtlichen Weisungen	112-197
a.) Der Billigkeitsgedanke als in Art. 20 III GG festgelegter Ausfluss der Gerechtigkeitsidee	112
aa) Art. 20 III als die mögliche verfassungsrechtliche Grundlage	112
bb) Die Billigkeit in historischer Hinsicht	114
α) Die Billigkeit im altgriechischen Rechtsdenken	114
β) Die Billigkeit im römischen Recht	117
δ) Die Billigkeit im Mittelalter	118
δ) Die equity	120
ε) Die Billigkeit in der Neuzeit	123
ι) Der Billigkeitsgedanke in der deutschen Jurisprudenz des 20. Jahrhunderts	125
1.) Binder	125
2.) Esser	125
3.) Hering	126
4.) Radbruch	126
5.) Rümelin	127
6.) Karl Schmitt	127
cc) Billigkeit kein selbständiger Maßstab	128
b.) Die Billigkeitsvoraussetzung als Ausfluss des Gleichheitsgrundsatzes	131
aa) Die verfassungsrechtliche Positivierung	131
bb) Die Ansicht der h. M.	131

	<u>Seiten</u>
α) Der Gleichheitssatz	131
β) Das Problem des Maßstabes	133
γ) Der Vergleichsmaßstab der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und die Unbilligkeit der Einziehung	136
αα) Der Steuererlass und der Maßstab der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit	136
ββ) Die persönliche (subjektive) und die (objektive) sachliche Unbilligkeit	137
1.) Die persönliche Unbilligkeit	137
2.) Die sachliche Unbilligkeit	138
cc) Kritik der h. M.	139a
α) Fehlerhaftes Verständnis des aristotelischen Billigkeits- und Gerechtigkeitsbegriffes	139a
1.) Verhältnis der Gleichheit zur Billigkeit bei Aristoteles	140
2.) Keine Gleichsetzung der <i>ἐπιείκεια</i> mit der <i>ἰσότης</i>	141
β) Keine Gleichsetzung von Gleichheit und Billigkeit αα - γγ)	142
δ) Kritik der h. M. zur sachlichen Unbilligkeit	146
αα) Gesetzesauslegung und Billigkeit	149
ββ) Gesetzesfortbildung und Billigkeit	150
Exkurs	
δ) Kritik der h. M. zur persönlichen Unbilligkeit	155

c.) Billigkeit als Ausfluss des Rechtsstaatsgebotes	157
aa) Das Rechtsstaatsprinzip	157
bb) Rechtsstaatsprinzip und Billigkeit	158
d.) Billigkeit und Demokratiegebot	159
e.) Billigkeit und Sozialstaatsprinzip	160
f.) Billigkeit und "Natur der Sache"	161
aa) Historischer Überblick über die "Natur der Sache"	161
bb) Die Rechtswissenschaft im 20. Jahrhundert	163
cc) "Natur der Sache" als Generalbegriff realer Überpositiver Rechtsbindung	166
dd) "Natur der Sache" kein Generalnenner für alle "facteurs libres"	167
ee) Juristische Reichweite der "Natur der Sache"	168
ff) "Natur der Sache" und der Begriff "unbillig"	169
g.) Zweckmässigkeit und der Begriff "unbillig"	170
h.) Ausfüllung des Begriffes "unbillig" durch die Gesichtspunkte der Zumutbarkeit, Treu und Glauben und der Vermeidung von Sachwidrigkeit	172
aa) Zumutbarkeit	172
bb) Treu und Glauben	174
cc) Vermeidung von Sachwidrigkeit	174
i.) "Unbillig" als unverhältnismässig	174
aa) Verfassungsrechtliche Positivierung	174
bb) "Unbillig" als unverhältnismässig	175

j.) "Unbillig" als Verweisung auf die Individualität des Falles	176
aa) Die Rechtsordnung als abstrakt-generelle Regelungsordnung	176
bb) Die Bedeutung der Individualität im Recht	178
cc) "Unbillig" als Verweisung auf die konkrete Individualität des Falles	180
dd) Die Rückströmung zum Allgemeinen	182
ee) Die Rückströmung zum Allgemeinen im Rahmen des Begriffes "unbillig"	184
α) Erlassbedürftigkeit	184
β) Erlasswürdigkeit	184
γ) Gleichheitsgrundsatz	184
ff) Mängel begrifflichen Denkens und Versuche zur Überwindung derselben	186
α) Abstraktion und "lex continui"	186
β) Korrigierende Denkformen	188
αα) Konkret-allgemeiner Rechtsbegriff	188
ββ) Der Typus	190
ααα) Typisieren als konkretisierenden Verfahren	190
βββ) Der Unterschied zwischen be- grifflichem und typisierendem Denken	191
1.) Offenheit	191
2.) Sinnhaftigkeit	192
3.) Ganzheitlichkeit	192
4.) Anschaulichkeit	193
γγγ) Typisierendes Denken und Individualität	193

	<u>Seiten</u>
888) Typus "unbillig"	194
1.) "Unbillig" als normativer oder empirischer Typus	194
2.) Die methodologische Be- deutung des Typus bei der Gesetzesinterpretation	195a
3.) Typus "unbillig"	196

Einleitung

Gemäss § 131 AO können Steuern erlassen werden, wenn ihre Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre. § 131 AO gibt also der Finanzverwaltung die Möglichkeit, einen einmal entstandenen Steueranspruch ganz oder teilweise zu erlassen, wenn die gesetzlich normierten Voraussetzungen gegeben sind. Nun ist besonders das Steuerrecht wegen seiner als schwerwiegend empfundenen Eingriffe in die Freiheits-sphäre des einzelnen Bürgers dem rechtsstaatlichen Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes und dem Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, d. h. dem Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes unterworfen. Besonders aus letzterem Grundsatz folgt, dass die steuerverwaltenden Behörden bei Vorliegen eines steuerpflichtigen Tatbestandes verpflichtet sind, die entstandene Steuerschuld auch einzuziehen. Dies ergibt sich insbesondere auch aus dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung, der nichts anderes als eine Konkretisierung des Prinzips der Gesetzmässigkeit der Verwaltung (1) darstellt. Von diesen rechtsstaatlichen Ordnungsprinzipien scheint § 131 AO seinem Inhalt nach zunächst abzuweichen, d. h. er scheint entgegen dem Grundsatz der Besteuerungsgleichmässigkeit die Finanzverwaltung von der Steuereinzahlungspflicht zu entbinden. Eine solche scheinbare Freiheit der Verwaltung von rechtsstaatlichen Ordnungsprinzipien würde aber, sei es auch nur auf Einzelfälle bezogen, eine die allgemeine Rechtssicherheit gefährdende und erschütternde Ungesetzmässigkeit enthalten (2).

(1) Hensel, Lehrbuch S. 51

(2) Klein in StW 1950 Sp. 272

Fraglich ist also, wie das Institut der Steuermilderung aus Billigkeitsgründen mit dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung in Einklang zu bringen ist. Denn die Steuermilderung aus Billigkeitsgründen enthält keine Massnahmen rein verwaltungstechnischer Natur, welche lediglich die Steuereinzahlung und damit bloss das formelle Steuerrecht betreffen (wie z. B. die Institute der Stundung und Niederschlagung von Steuern), sondern sie berührt die materielle Steuerforderung unmittelbar, d. h. durch begünstigenden Verwaltungsakt wird vom speziellen Steuergesetz abgewichen, und der abstrakt-generelle Normbefehl wird für den Einzelfall ganz oder teilweise durchbrochen (3). Nun ist es aber der Verwaltung nicht gestattet, eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Steuerbefreiung auszusprechen (4). Die Steuermilderung aus Billigkeitsgründen ist nur unter den vom Gesetzgeber in § 131 AO normierten Voraussetzungen zulässig. Ansonsten könnte sich die Steuerverwaltung der Gesetzesbindung entziehen und über den Gleichheitsgrundsatz - Selbstbindung der Verwaltung - in Verbindung mit dem Vertrauensgrundsatz eigenes Unrecht perpetuieren. Ziel der Arbeit ist es, darzulegen, unter welchen Voraussetzungen der Finanzverwaltung die Befugnis eingeräumt wurde, eine entstandene Steuerschuld ganz oder teilweise zu erlassen. Da aber die gesetzlichen Voraussetzungen aus dem Gesetzestext deutlich werden, kann es nicht mit einer Darstellung derselben getan werden. Vielmehr sind die Voraussetzungen, welche vom Gesetzgeber mit den Worten "Unbilligkeit der Einziehung nach Lage des einzelnen Falles" festgelegt wurden, ihrem Inhalt nach, insbesondere unter Berücksichtigung rechtsstaatlicher Ordnungsprinzipien zu konkretisieren. Dabei wird es besonders auf den Rechtsbegriff "unbillig" ankommen, da die Voraussetzung "Einzelfall" im öffentlichen Recht schon hinreichend als "konkret-individuelles Geschehen" (Zitate) festgelegt ist.

(3) Dyckhoff Diss. Münster S. 2

(4) BFH v. 13.2.1957 II 144/55 StRK AO § 131
n. F. R. 14

Der Begriff "unbillig" kann aber nicht konkretisiert werden ohne ein Verständnis des dem Steuerrecht besonders eigentümlichen Grundsatzes der Billigkeit (5). Das Steuerrecht muss auch bei seiner Anwendung die Billigkeit verwirklichen (6). Hier scheint fühlbar zu werden ein kontradiktorisches Verhältnis zwischen Normenrecht und Billigkeit: *Summum ius summa iniuria* (7). Denn abstrakt-generelle Normverwirklichung und konkret-individuelle Normdurchbrechung scheinen zueinander in einem Widerspruch zu stehen. Auf allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen zu verweisen und die Billigkeit mit Radbruch (8) als das den tatsächlichen Verhältnissen angemessene Recht, das dem Einzelfall eine gerechte Behandlung zukommen lässt, festzulegen, wohingegen die Rechtssicherheit die notwendig abstrakt-generelle Ordnungsfunktion des Rechtes verwirklicht, lässt keine genügend sichere Aussage über die Billigkeit als Rechtsbegriff zu. Den Begriff "unbillig" als Rechtsbegriff herauszuarbeiten und darzutun, welche Funktion er als Voraussetzung für eine Steuermilderung erfüllt, soll gleichfalls Gegenstand dieser Arbeit sein. Da aber der Eintritt eines realen Sachverhaltes, welcher unter den Begriff "unbillig" zu "subsumieren" ist, die Bedingung darstellt, unter der die Rechtsfolgeanordnung der Steuermilderung allein wirksam wird, lässt eine Konkretisierung des Begriffes "unbillig" wegen des notwendig inneren Zusammenhanges zwischen Voraussetzung und Rechtsfolge, mit anderen Worten zwischen Regelungsgegenstand und Regelungsvoraussetzung, einen Schluss über die rechtsstaatliche Vereinbarkeit mit den Grundsätzen vom Vorrang und vom Vorbehalt des Gesetzes zu (9).

- (5) Waiblinger Diss. Würzburg GG Vorb.
- (6) Wittneben in Mattern-Wittneben Komm. zum Abgabenänderungsgesetz S. 34
- (7) Cicero de officiis, Buch I Kap. 10 § 33, bei Otto Seel, Cicero, 2. Aufl. 1961 S. 455, 497
- (8) Radbruch Rechtsphilosophie S. 127
- (9) Zur rechtstheoretischen Darstellung des Problems der Zuordnung von Rechtsfolgen zu bestimmten Sachverhalten, die ihrerseits wiederum einem bestimmten Tatbestand zu subsumieren sind, vgl. Larenz Methodenlehre S. 180 - 193

Bei der Konkretisierung des Begriffes "unbillig" muss auf alle rechtsmethodischen Erwägungen eingegangen werden, deren Gehalt für die gestellte Aufgabe sich als fruchtbar erweisen könnte.

Was also ist unter Berücksichtigung der eben erwähnten rechtstheoretischen Fragestellungen der rechtliche Gehalt des Begriffes "unbillig"?

Der Begriff "unbillig" i. S. des § 131 AO

1.) Der Wortsinn des Begriffes "unbillig"

Jede Auslegung eines Gesetzestextes beginnt mit dem Wortsinn (10). Danach ist unbillig zunächst alles das, was dem Billigen widerspricht. Im philosophischen Bereich ist das Billige (^{70 Einsicht} ~~aequum~~ ^{aequum}) all das Gerechte im weiteren Sinne (aequitas im römischen Recht), das der vernünftigen Einsicht in die Besonderheit eines Falles entspringt und das Gesetzesrecht ergänzt (11). Die juristische Auslegung hat sich jedoch mit der Bedeutung eines Ausdruckes im allgemeinen Sprachgebrauch zu befassen (12). Hiervon ausgehend dürfte die vorwiegende Vorstellung die des Passenden, Angemessenen, Geziemenden sein. Dies entspricht auch der etymologischen Bedeutung des Wortes "billig" (13). Wie Max Rümelin aufgezeigt hat (14), scheint in dem Wort "billig" die Vorstellung der Gleichheit nicht enthalten zu sein. Die historische Entwicklung brachte das Wort in eine immer nähere Beziehung zu den Gebieten der Ethik und des Rechtes. Hier wird dann das menschliche Miteinander oder eine richterliche Entscheidung mit dem Wort "billig" bedacht. In diesem Sinne vertauscht denn auch der Volkssprachgebrauch die Worte Recht und Billigkeit.

(10) Larenz, Methodenlehre S. 301

(11) Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe 4. Auflage Erster Band S. 224

(12) Larenz, Methodenlehre S. 301

(13) vgl. Etymologisches Wörterbuch, Duden

(14) Max Rümelin, Die Billigkeit im Recht S. 3
Anm. 1

Das Billige vermag, das Gerechte zu vertreten. Zuweil wird aber auch die Billigkeit einerseits und Recht und Gerechtigkeit andererseits in einem gewissen Gegensatz gesehen (15). Im allgemeinen Sprachgebrauch hat die Billigkeit wenig Nähe zu caritativen Werten wie Nächstenliebe, Milde, Gnade und Menschlichkeit. Diese Verbindung wird nur im Sprachgebrauch der Ethik vollzogen. Hier wird die Billigkeit oft geradezu mit der Nächstenliebe gleichgestellt. Der Begriff der Billigkeit ist also im allgemeinen Sprachgebrauch vieldeutig und mehrschichtig. Er ist unterschiedlich zu verstehen, je nach dem Bezugspunkt der getätigten Aussage und umfasst im allgemeinen Sprachgebrauch die verschiedensten Aspekte (16). Billigkeit beinhaltet in diesem Verständnis nicht mehr als das der jeweiligen Lage Angemessene (17). Der Begriff "billig" ist also durchaus allgemein und neutral: das, was einem passt, geziemt, ansteht (18). Diese Allgemeinheit und begriffliche Unschärfe verliert das Wort auch dann nicht, wenn es in Beziehung zum Recht gebracht wird. Die Wendung, etwas sei "recht und billig", lässt zweifelhaft, ob die beiden Worte gleichbedeutend als Pleonasmus gebraucht oder ob durch sie eine Unterscheidung getroffen werden soll.

Der rechtliche Gehalt des Begriffes "unbillig" bleibt also nach einer Auslegung, die sich vorwiegend am allgemeinen Sprachgebrauch orientiert, im wesentlichen im Dunkeln (19).

2.) Das Absondern von gnadenrechtlichen Elementen aus dem Begriff "unbillig"

Im Rahmen der hier gestellten Aufgabe, nämlich den Begriff "unbillig" rechtlich zu konkretisieren, ist besonders bedeutsam, inwieweit gnadenrechtliche Elemente mit diesem verbunden sind.

(15) vgl. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft S. 136

(16) Julius Binder, Philosophie des Rechtes S. 396

(17) Henkel, Rechtsphilosophie S. 324

(18) Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie S. 320 ff. 3. Auflage

(19) vgl. hierzu auch Larenz Methodenlehre S. 301-304

Denn im Bereich der Gnade gibt es keine rechtliche Präzisierung materiellen Gehaltes; so gibt es z. B. kein Recht auf Gnade und auch keine gerichtliche Nachprüfung einer getroffenen Gnadenentscheidung. Die insoweit ganz h. M. beruft sich im wesentlichen auf zwei Argumente. Zum ersten auf die staatsrechtliche Funktion der Gnadenerweisung (20). Hiernach ist das Begnadigungsrecht, das *ius gratiarum*, zu den typischen Funktionen des Staatshauptes zu rechnen und ist deshalb nicht verwaltungsrechtlicher, sondern staatsrechtlicher Natur (21), zugleich ein im Einzelfall (22) erlassener Hoheitsakt, der spezifisch und die beiden anderen Gewalten völlig ausschliessend zur Exekutive gehört, andererseits aber als ein für eine Mehrheit von Fällen, für Fallgruppen bestimmter Art zwingend der Exekutive vorbehalten ist, deren Vollziehung allein in der Hand der rechtsprechenden Gewalt liegt (23). Hiergegen vorzubringen, dass das Begnadigungsrecht vorwiegend durch untere Behörden wahrgenommen werde, erscheint als unschlüssig (24), was schon allein aus der verfassungsrechtlichen Normierung hervorgeht (25). Zum zweiten verweist die h. M. auf den Einwand, dass Gnade und Recht verschiedene Angelegenheiten seien (26). Denn die mit der Ausübung des Begnadigungsrechtes beauftragte Stelle kann eben "Gnade vor Recht" ergehen lassen (27). Gegen diese h. M. wird meistens vorgebracht, dass auch bei der Vornahme von Gnadenerweisen das Recht verletzt werden könne (28).

(20) Maunz-Dürig, Art. 19 IV 27

(21) van Husen DVBl. 53, 72

(22) Art. 60 II GG

(23) Hildeg. Krüger DVBl. 55, 180, Loening DVBl. 51, 235; Scheuner, Der Bereich der Regierung, Festgabe für Smend 1952, 253 ff.; vgl. auch BVerwG vom 8.5.1962 VIII C 185, 60 Bd. 14 S. 73; hier weist das BVerwG vornehmlich auf das Begnadigungsrecht als eine dem Ministerpräsidenten zugeordnete Funktion staatsrechtlicher Natur hin.

(24) Art. 19 IV Anm. 27 Maunz-Dürig

(25) Art. 60 II GG, vgl. für Bayern, Art. 47 der bayrischen Verfassung

(26) VGH Württ. Bad., DÖV 50, 377, OVG Münster NJW 53, 1240

(27) Obermayer, BayVBl. 55, 130

(28) Vgl. Maunz-Dürig Art. 19 IV 27

Dies müsse insbesondere für einen Rechtsstaat gelten, der mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung untrennbar den Grundsatz der Gewaltenhemmung und Gewaltenkontrolle verbunden habe. So könne bei Ausübung des Begnadigungsrechtes eine Kompetenzbestimmung rechtsirrig ausgelegt worden sein oder das subjektive Recht auf fehlerfreie Anwendung des Ermessens verletzt sein. Insbesondere wird von manchen Autoren vorgebracht, dass bei einer Gnadenentscheidung der Anspruch auf gleichmässige Gnadenbehandlung (29) verletzt werden könne und deshalb eine Kontrollmöglichkeit unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes gefordert (30). Jedoch vertritt auch diese Ansicht nicht die Auffassung einer rechtlichen Kontrolle des materiellen Gehaltes einer Gnadenentscheidung, sondern bloss die Ausübung des Gnadenrechtes (31), die Gnadenhandlung des Gewährenden (32) soll rational nachvollziehbar und insoweit gerichtlich nachprüfbar sein. Nicht die Gnade selbst, das heisst nicht der im Gnadenakt zum Ausdruck gekommene Wert, sondern die Handhabung der Gnadenbefugnis, die Einhaltung der formellen Bestimmungen und des Gleichheitssatzes kann vom Gericht überprüft werden. Gänzlich unbestritten ist, dass der eine Gnadenentscheidung tragende Gnadenwert sich einer rechtlichen Erfassung oder gar Präzisierung völlig entzieht. Gnade erght vor Recht. Mit anderen Worten: Kein Rechtsgenosse hat einen Anspruch darauf, dass ihm Gnade erteilt wird. Denn ein Rechtsanspruch kann nur auf Rechtsziele, aber nicht auf Ziele ausserhalb des rechtlichen Bereiches gerichtet werden. Die Gnade aber verwirklicht ausserrechtliche Ziele.

(29) Felix StW 1960 Sp. 102

(30) Maaßen, StW 53 Sp. 289; Kohler DStR 53, 209; Hoffmann FR 53, 106; FR 55, 494

(31) Geerds, Gnade, Recht und Kriminalpolitik S. 34

(32) Felix StW 60, 101 (110)

Einen Gnadenanspruch aber gibt es nicht. Darum ist bedeutsam, inwieweit in dem Begriff "unbillig" Gnadenelemente enthalten sind. Denn Gnadeninhalte entziehen sich der rechtlichen Konkretisierung, die aber gerade im Rahmen des Begriffes "unbillig" dargelegt werden soll.

a.) Keine Begrenzung der Gnadenakte auf den strafrechtlichen Bereich

Nach Müller (33) sind aus dem Begriff Begnadigung alle ausserstrafrechtlichen Gunstbezeugungen auszuklammern. Begnadigung könne nicht mehr wie früher in einem umfassenden Sinn als Gunstbezeugung oder Vorteilsgewährung durch einen Träger hoheitlicher Gewalt begriffen werden. Unter Begnadigung im Rechtssinne könne nur die Freistellung eines einzelnen von den durch rechtskräftiges Urteil festgestellten Strafen und Nebenfolgen verstanden werden. Müller beruft sich hierbei auf die geschichtliche Entwicklung des Rechtsbegriffes Begnadigung, bleibt aber den Nachweis für eine solche Entwicklung schuldig (34). Desgleichen geht sein Hinweis auf Art. 60 II GG und ähnliche Normen des Landesverfassungsrechtes fehl, da sich aus diesen gerade keine Begrenzung des Begriffs der Begnadigung auf Gunsterweise im Zusammenhang mit der kriminalrechtlichen Strafe ergibt. Die gleiche Auffassung, nämlich die Begrenzung des Gnadenbegriffes auf den Verzicht des Staates auf Bestrafung wird auch von Geerds vertreten (35).

(33) DVB1. 63, 18

(34) Insbesondere beruft er sich zu Unrecht auf Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht 2. Aufl. 2. Bd. S. 100/101; Gerber Grundzüge S. 170; Klüber, Öffentliches Recht des Teutschen Bundes 4. Auflage § 378; Laband Staatsrecht des Deutschen Reiches 4. Auflage 3. Bd. S. 484; Rönne, Staatsrecht der preussischen Monarchie 4. Auflage 1. Bd. S. 549; Zoepfel, Staatsrecht 5. Auflage Teil 2 S. 602; Meyer Deutsches Staatsrecht 5. Aufl. S. 573, indem er nämlich deren Unterscheidung zwischen einer Begnadigung im engeren und im weiteren Sinne für seine angebliche geschichtliche Entwicklung in Anspruch nimmt.

(35) Geerds aaO. S. 9

Jedoch findet sich auch weder bei ihm noch bei der von ihm zitierten Literatur (36) ein Argument für eine solche Einengung des Gnadenbegriffes. Zustimmung verdient der enge Begnadigungsbegriff nur dann, wenn das Wesen der Begnadigung, das heisst dasjenige Element, welches den Gnadenakt als solchen kennzeichnet, auf Akte der Begnadigung im strafrechtlichen Bereich beschränkt bleibt. Fraglich ist also zunächst, was den Gnadenakt vom Rechtsakt seinem Wesen nach unterscheidet.

r h Sinn der Gnade ist es, die Ordnung der Welt zu erhalten, die nicht allein auf Gerechtigkeit sich stützen kann (37). Insofern kann der Gnadenbegriff in seinem geistigen Inhalt nicht auf eines seiner geistesgeschichtlichen Aspekte (38) beschränkt werden. Die Gnade ist kein germanischer, kein christlicher und kein humanitärer Begriff. Vielmehr verbinden sich in ihr geistesgeschichtliche Elemente der verschiedensten Art. Im materiellen Gehalt der Gnade kommen griechische Philantropie, römische Clementia, antike Humanität, germanische Hulde, christliche Gnade und Barmherzigkeit zum Ausdruck (39). Der Gnade kommt eine im wesentlichen korrigierende Funktion zu; ihr Sinngehalt ist eine höhere Gerechtigkeit (40). Wenn die Elemente der Rechtsidee, nämlich Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmässigkeit wegen ihrer unaufhebbaren Antinomie (41) sich einander widersprechen, dann ist die Gnade in ihrer korrigierenden Funktion aufgerufen, das Spannungsverhältnis der streitenden Kräfte der Rechtsidee im Hinblick auf eine angemessene Entscheidung zu lösen (42).

(36) vgl. aaO Anm. 26

(37) Grewe, Gnade und Recht S. 103

(38) Grewe aaO. S. 41 - 96

(39) Grewe S. 119

(40) Geerds aaO. S. 35

(41) Radbruch Rechtsphilosophie S. 170

(42) Radbruch S. 276

Insofern könnte man das Gebrauchmachen der Gnadenbefugnis als ein Betätigen von richtigem Recht bestimmen (43) und das Wesen der Gnade rein juristisch zu begreifen versuchen (44). Dies würde jedoch eine Gleichsetzung der Gnade mit Billigkeit bedeuten (45). Mit Radbruch ist daran festzuhalten (46), dass sich das Wesen der Gnade nicht darin erschöpft, reine Rechtseinrichtung zu sein. Gnade ist nicht durch Gesetzesdenken zu normieren und zu relativieren (47). Mit Ausübung der Gnadenbefugnis erkennt das Gnadensubjekt an, dass es neben der Welt des Rechtes noch andere Werte gibt, die zur Geltung zu bringen, die Ordnung der Welt erfordert (48). Über den Gnadenwert verschaffen sich rechtsfremde Werte in der Welt des Rechts Geltung. Die Gnade bewirkt Verwirklichung solcher rechtsfremder Werte, sie lässt ausserrechtliche Bereiche Einfluss nehmen (49). Der Gnadenakt unterscheidet sich also vom Rechtsakt durch seinen vorwiegend ausserrechtlichen Bezug. Der Rechtsakt verwirklicht Rechtswerte, der Gnadenakt dagegen ausserrechtliche Werte, nämlich Gnadenwerte (50).

Wenn nun aber dieser ausserrechtliche Aspekt den Gnadenakt vom Rechtsakt trennt, dann ist die Begrenzung des Begriffes der Begnadigung auf strafrechtliche Gunstbezeugungen insoweit fehlerhaft, als dieser Gnadenwert auch anderen begünstigenden Akten öffentlich-rechtlicher Verwaltung zukommt. Fraglich ist nun zunächst, wie der Rechtswert vom Gnadenwert zu unterscheiden ist.

- (43) Stammler, Lehre vom richtigen Recht S. 131
- (44) vgl. auch Jherings Wort: Die Gnade habe Sicherheitsventil des Rechtes zu sein
- (45) vgl. v. Bodungen S. 159
- (46) aaO. S. 277
- (47) Schmitt, Karl, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens S. 26
- (48) Grewe aaO. S. 103
- (49) OVG Münster 21.4.1953 VII A 876/52 DÖV 53, S. 768 (769)
- (50) Obermayer in Mang - Maunz - Mayer - Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern 2. Auflage 64 S. 138

Hierzu müssen Merkmale aufgefunden werden, die eine klare Abgrenzung des ausserrechtlichen Gnadenwertes vom Rechtswert ermöglichen. Nun kann für diese Abgrenzung nicht entscheidend sein, ob dem Rechtsgenossen ein Rechtsanspruch auf eine Massnahme zusteht oder ob etwa ein (materielles oder formelles) subjektives öffentliches Recht völlig fehlt. Denn ansonsten würde das völlige Fehlen eines subjektiven öffentlichen Rechtes jede ablehnende Entscheidung eines Hoheitsträgers in den Bereich der Gnade verlagern (51). So würde, wenn ein Staatsbürger einen Anspruch auf eine nichtige Norm stützt oder etwa eine Gesetzesbestimmung unrichtig zu seinen Gunsten auslegt, eine gegen den ablehnenden Bescheid gerichtete verwaltungsgerichtliche Klage als unzulässig verworfen, da wegen des Vorliegens einer nicht nachprüfbaren Gnadenentscheidung kein Rechtsweg eröffnet ist (52). Dieses offenkundig unrichtige Ergebnis zeigt, dass der Gnadenwert vom Rechtswert nicht dadurch richtig abgegrenzt werden kann, indem der Schluss gezogen wird, alle Handlungen der Verwaltung, auf die der Begünstigte keinen Anspruch habe, seien Gnadenhandlungen. Nach Obermayer (53) ist für die Unterscheidung zwischen Gnadenwert und Rechtswert darauf abzustellen, ob ein Hoheitsakt im Interesse der verteilenden oder ausgleichenden Gerechtigkeit ergeht oder ob er eine spontane Gunsterweisung darstellt, die herkömmlicherweise keiner gesetzlichen Bindung unterfällt. Danach ist Begünstigungen, die die Rechtsstellung des Betroffenen verbessern oder einen Vermögenswert haben, ein Rechtswert immanent.

(51) Obermayer DÖV 59, 267

(52) vgl. § 40 VwGO

(53) aaO. S. 267

Anders dagegen bei blossen Ehrungen, die weder die Rechtsstellung verbessern noch Vermögenswert besitzen. Hier überwiegen die Gnadenwerte. Diese Abgrenzung allein nach der Rechtsstellung des Betroffenen muss jedoch Bedenken unterliegen. Einmal weil die Gnade untrennbar mit Herrschaft zusammenhängt (54) und jede Bezugnahme des Gnadenwerthes auf die Person des Begnadigten in das weite Feld der Billigkeitserwägungen hinein-
führt (55), von welchen der Gnadenwert ja gerade abgegrenzt werden soll. Zum anderen ist die Obermayer'sche Abgrenzung nicht praktikabel, da nach dieser z. B. bei Akten, welche Ausfluss der Fürsorgepflicht des Staates gegenüber seinen Beamten sind (z. B. Hitzefreiheit der Lehrer an besonders heissen Sommertagen) und bei einer Verknüpfung von typischem Gnadenakt mit vermögenswerter Leistung (z. B. Orden zusammen mit Geldbetrag) die rechtliche Einordnung unklar ist. Soll etwa die Entbindung des Lehrers von seiner Verpflichtung, den Schulunterricht durchzuführen, wegen zu grosser Hitze als Gnadenakt qualifiziert werden? Oder soll etwa die Verleihung eines Ordens nur deshalb nicht als Gnadenakt zu werten sein, weil damit eine geldwerte Leistung verbunden ist? Vielmehr muss für die Abgrenzung des Gnadenwertes vom Rechtswert entscheidend bleiben, worin letztlich der Grund für die Begünstigung liegt, d. h. ob die Begünstigung aus einer bereits bestehenden rechtlichen Beziehung zwischen Empfänger und Gewährendem entspringt oder ob sie nicht von diesem rechtlichen Gefüge umfasst wird, bzw. ein solches etwa gar nicht vorhanden ist. So ist bei Umklammerung der Vorteilsgewährung vom rechtlichen Gesamtgefüge vom Rechtswert auszugehen, wie er sich aus dem Rechtsverhältnis ergibt. Fehlt dagegen eine solche rechtliche Beziehung, dann kann der Begünstigung kein Rechtswert immanent sein, vielmehr wird sie dann von ausserrechtlichen Werten, eben dem Gnadenwert getragen.

(54) Grewe aaO. S. 118

(55) Grewe aaO. S. 114

Bei der eben getroffenen Abgrenzung des Gnadenwertes vom Rechtswert wird offenkundig, dass eine solche ausserrechtliche Beziehung keinesfalls auf den strafrechtlichen Bereich zu beschränken ist, ein Gnadenwert vielmehr auch anderen gewährenden Akten der Verwaltung zukommt. So ist zum Beispiel die Verleihung des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland ein typisches Beispiel für einen ausserstrafrechtlichen Gnadenakt (56).

Da aber der Gnadenwert als das die Gnadenentscheidung vorwiegend als solche kennzeichnende Element erkannt ist, ist seine Existenz auch in gewährenden Akten der Finanzverwaltung denkbar. Die Einengung (57) des Begnadigungsbegriffes auf den strafrechtlichen Bereich ist also nach einer Untersuchung über das Wesen der Gnade nicht haltbar.

b.) Abgrenzung der Billigkeitsmassnahme von der Begnadigung

aa) Fall Lucius (zugleich historische Darstellung des Problems)

Im Jahre 1890 erliess der damalige König von Preussen, Wilhelm II., seinem Minister, dem Freiherrn Lucius von Ballhausen, eine zu entrichtende Steuerschuld (58). Daraufhin begann ein lebhafter Streit über die Zulässigkeit dieser Massnahme (59).

(56) vgl. BGBI. I S. 831; vgl. auch OVG Hamb. DOV 59, 266, wo die Berechnung des Jubiläumsdienstalters als Gnadenakt qualifiziert wurde

(57) Müller aaO.

(58) Die Steuer war nach dem preussischen Stempelgesetz vom 7. März 1822 für die Errichtung zweier Fideikomnisse in Höhe von 3% des Wertes zu zahlen

(59) vgl. Georg Meyer, Die Verhandlungen des preussischen Abgeordnetenhauses über den Erlass von Stempelsteuer für Fideikomnisse. Neue Heidelberger Jahrbücher Band 1 S. 377 ff.

Zentrale Fragen waren, inwieweit die Pflicht der Behörden zur Erhebung der Steuer (60) durch das Königliche Recht des Steuererlasses (61) durchbrochen werden kann und ob nicht der nach Allgemeinem Landrecht zulässige Steuererlass (62) mit dem Erlass der preussischen Verfassungsurkunde im Jahre 1850 hinfällig geworden sei. Besonders Laband (63) hob die Pflicht der Behörden zur Einziehung der Steuer hervor und statuierte gewissermassen ein dem Strafrecht vergleichbares (64) Legalitätsprinzip, welches die Behörde zur Einziehung der Steuer verpflichtete. Da dem preussischen König aber nach der preussischen Verfassungsurkunde aus dem Jahre 1850 unbestritten das Gnadenrecht auf dem Gebiete des Strafrechtes zukam, glaubte sich Laband (65) wegen der Ähnlichkeit von Steuer- und Strafrecht an einer anderen rechtlichen Wertung für den Bereich des Steuerrechtes gehindert. Dagegen negierte Bornhak entschieden jede rechtliche Möglichkeit für einen einseitigen Erlass von Steuern durch den preussischen König (66); nach ihm existiere kein "einseitiges Steuererlassrecht" des Königs in Preussen, sondern ein solches Steuererlassrecht könne als integrierender Bestandteil der gesetzgebenden Gewalt nur mit Zustimmung der Volksvertretung geübt werden. Bornhak leitete diese rechtliche Bewertung aus Art. 100 der Verfassungsurkunde her, wonach alle steuerrechtlichen Normen in der Form eines Gesetzes, d. h. durch Zusammenwirken des Königs und beider Häuser des Landtages, erlassen werden mussten (67).

(60) Laband AÖR S. 189 Bd. 7

(61) Bornhak AÖR Bd. 6 S. 317

(62) A.L.-R. II 14 § 4; Bornhak aaO. S. 315

(63) aaO. S. 189

(64) aaO.

(65) aaO. S. 211

(66) aaO. S. 323

(67) aaO. S. 318

Da die Steuergesetze überall da, wo ihr Tatbestand vorliegt, die Steuerpflicht des einzelnen Bürgers gegenüber dem Staat begründen, wäre die Befreiung eines einzelnen von dieser Verpflichtung als im Widerspruch mit dem Gesetzeswillen stehend teilweise Aufhebung des Gesetzes und könnte daher auch nur in Gesetzesform erfolgen (68). Nach Bornhak ist ein Steuererlass also nur möglich, soweit das Steuergesetz selbst Ausnahmen ausdrücklich zulässt. Demnach ist der Steuererlass nicht mit dem Straferlass vergleichbar, da der Straferlass ausserhalb des Rechtes in Verwirklichung eines Gnadenwertes ergeht, der Steuererlass jedoch nur aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung und somit in Verwirklichung eines Rechtswertes ergeht. Der Steuererlass konnte demnach nicht als ein Akt königlicher Gnade angesehen werden (69).

bb) Der heutige Meinungsstand

Zu unterscheiden sind drei verschiedene Meinungen:

Die erste Auffassung ist der Ansicht, der Steuererlass könne mit dem Gnadenakt gleichgesetzt werden. So bezeichnet Löwer (70) den Steuererlass als das dem Abgabeberechtigten übertragene Gnadenrecht und beruft sich hierbei auf die Qualifikation des Steuererlasses als eines einseitigen Verzichtes auf einen Rechtsanspruch. Ähnlich spricht auch Flume (71) vom Steuererlass als einem Gnadenakt, weil er es ermögliche, von der an sich rechtmässigen, aber unbilligen Rechtsanwendung Abstand zu nehmen.

(68) aaO. S. 320

(69) vgl. Max v. Seydel, Bayrisches Staatsrecht
2. Auflage Freiburg, Leipzig 1896 Bd. 2
S. 486

(70) DStZ 54, 160

(71) StbJb 53/53 S. 98

Die zweite Meinung lässt sich als Theorie von der Vermengung des Steuererlasses mit gnadenrechtlichen Elementen kennzeichnen. Ihr ist insbesondere die Rechtsprechung zuzurechnen. So nennt der BFH (72) den Steuererlass als dem Gnadenakt ähnlich. Vergleichbar spricht Salzwedel davon (73), dass sich das Gnadenrecht dem Billigkeitserlass "sehr nähert".

Die dritte Meinungsgruppe umfasst alle diejenigen, die von einer klaren Ablehnung der Billigkeitsmassnahme als Gnadenakt ausgehen. Zu diesen gehören besonders: Hensel (74), Hartung (75), Kaatz (76), Mattern (77), Stötter (78), Ule (79) und Obermayer (80).

cc) Kritik und Darstellung der eigenen Ansicht

Zur Ansicht, die den Steuererlass mit dem Gnadenakt gleichsetzt, ist insbesondere vorzubringen, dass sie das Wesen des Gnadenaktes als einer Verwirklichung ausserrechtlicher Werte verkennt. Auch ergibt sich aus der Qualifizierung des Steuererlasses als einen einseitigen Verzicht auf einen Rechtsanspruch noch nichts für eine Einordnung dieses Aktes in den Gnadenbereich (81). Aber auch die Argumentation von Flume (82) ist unschlüssig.

(72) Urt. v. 8.5.1962 VII 51/61 S BStBl. 1962 S. 290

(73) Rechtsstaat im Steuerrecht "Rechtsschutz" S. 34

(74) VJ Schr. 1927 S. 57

(75) Hübschmann - Hepp - Spitaler, Komm. § 477 Ann. . 11

(76) FR 58, S. 492

(77) JZ 58, 765

(78) BB 63, S. 1286

(79) Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 168

(80) Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt S. 92

(81) vgl. Loewer DStZ aaO

(82) StbJb. aaO.

Denn nicht die Gnade ermöglicht es, von der Einziehung der Steuerschuld abzusehen, sondern gerade dies ist Aufgabe der Billigkeit. Das Finanzamt soll lediglich Unbilligkeiten ausgleichen, nicht aber Gnade vor Recht ergehen lassen (83). Offensichtlich vermengt Flume Elemente der Gnade mit solchen der Billigkeit, wenn er als das der Gnade wesentliche Element das Moment der Rechtsanpassung an den Einzelfall kennzeichnet.

Auch die Theorie von der Vermengung des Steuererlasses mit Elementen der Gnade hält einer gründlichen Überprüfung nicht stand. Zur Entwicklung dieser Ansicht hat besonders der sprachliche Gleichklang des ehemaligen § 477 AO mit § 131 AO beigetragen (84). Unstreitig regelte § 477 einen typischen Gnadenakt, da er die Zuständigkeitsregelung für die Begnadigung von im Steuerstrafverfahren erkannten Strafen enthielt. Der BFH (85) versuchte einen Rechtsweg für die Massnahme nach § 477 zu eröffnen. Hierbei folgerte er aus der jeweiligen Verwendung des Begriffes "erlassen" die Wesensverwandtschaft zwischen § 477 und § 131 AO und legt im Zusammenhang hiermit dar, dass eine gerichtliche Nachprüfbarkeit der Gnadenakte nach § 477 möglich sein müsse, da eine solche Nachprüfbarkeit auch bei § 131 AO gegeben sei. Thilo v. Bodungen (86) hat offengelegt, dass sich der BFH eines klassischen Zirkelschlusses schuldig macht: denn er qualifiziert die Massnahme nach § 131 AO zum Gnadenakt und folgert aus der Justiziabilität dieses "Gnadenaktes", dass auch die Gnadenakte nach § 477 AO gerichtlich nachprüfbar sein müssen.

(83) Stötter BB 63, 1287

(84) Hartung, Hübschmann - Hepp - Spitaler Komm. § 477 Anm. 11

(85) BFH Urteil vom 6.7.1955 II 63/54 BStBl. 1955 S. 274; Felix BB 1955 S. 1047 zustimmend; zustimmend auch Hoffmann, FR 1954 S. 267 (270), FR 1955 S. 494

(86) aaO. S. 167

Hierbei beachtet der BFH nicht (87), "dass in dem Augenblick, in dem die Billigkeitsmassnahme zum Gnadenakt gemacht wird, ja auch deren Nachprüfbarkeit genauso zweifelhaft wird, wie die der Begnadigung, also gerade das, was bewiesen werden soll, unbewiesen selbst den Beweis liefern soll".

Richtig ist es allein, Gnade und Billigkeit streng zu trennen, weil die Billigkeit im höchsten Sinn Erfüllung des Rechtes sein soll (88). Schon Hensel führte im Jahre 1927 zutreffend aus, dass die von Laband (89) vertretene Ansicht, man könne vom Einziehen der gesetzlich geschuldeten Steuer aus Gründen der Gnade absehen, als überwunden angesehen werden müsse (90). Die Massnahme aufgrund des § 131 AO würde nur dann Gnadenelemente enthalten, wenn sie in Verwirklichung ausserrechtlicher Werte, nämlich des Gnadenwertes, erginge. Entscheidend ist also, ob dem Billigkeitserlass ein Gnadenwert oder ein Rechtswert immanent ist; mit anderen Worten, ob zwischen Finanzverwaltung und Steuerschuldner eine rechtliche Beziehung besteht (91), welche letztlich den Grund für die Begünstigung bildet oder ob ein solches rechtliches Gefüge zwischen Finanzverwaltung und Steuerschuldner nicht besteht.

(87) v. Bodungen aaO.

(88) Rümelin, Billigkeit S. 51; Grewe, Gnade und Recht S. 19

(89) Laband aaO. S. 211

(90) VJSchr. 1927 S. 57; ähnlich betonen auch Mattern JZ 58 S. 765 und Kaatz FR 58 S. 492, dass der Steuererlass gem. § 131 AO mit einem Gnadenakt gem. § 477 I AO nicht verglichen werden kann. Zu Unrecht beruft sich auch BFH-Urteil vom 8.5.1962 VII 51/61 S BStBl. 62, S. 290 auf Hensel. Denn dieser erklärt auf Seite 61 nachdrücklich, dass der Billigkeitserlass eben kein Gnadenakt sei u. erklärt auf S. 128 nur, dass der Erlass und der Gnadenakt rechtspsychologisch vergleichbar seien, da beide ausserhalb und neben dem vom Gesetz vorgeschriebenen Verfahren ergingen, die Begnadigung ausserhalb des strafprozessualen Verfahrens, der Billigkeitserlass neben dem Veranlagungsverfahren.

(91) vgl. oben zur Abgrenzung von Gnadenwert und Rechtswert

Nun besteht zwischen Steuerschuldner und Finanzverwaltung das Steuerschuldverhältnis. Der Steuererlass selbst kann nur aus diesem Steuerschuldverhältnis heraus verstanden werden, denn Voraussetzung für einen Steuererlass ist, dass die im Rahmen des gesetzlichen Steuerschuldverhältnisses entstandene Steuer Unbilligkeiten bei ihrer Einziehung entstehen lässt. Der Erlass soll im Steuerschuldverhältnis entstandene unbillige Härten mildern, um der Verwirklichung der Gerechtigkeit im Einzelfall zu dienen (92). Der Steuererlass ergeht daher nicht ausserhalb einer rechtlichen Beziehung und verwirklicht somit auch keine ausserrechtlichen Werte, sondern wird gänzlich von der Rechtsbeziehung zwischen Steuergläubiger und Steuerschuldner erfasst. Der Steuererlass nach § 131 AO kann deshalb nicht als Gnadenakt bezeichnet werden (93).

Als Ergebnis gilt vorläufig festzuhalten, dass sich der Begriff "unbillig" nicht etwa deshalb einer rechtlichen Konkretisierung entzieht, weil er untrennbar mit ausserrechtlichen Werten, nämlich Gnadenelementen verbunden ist. Vielmehr sind die Begriffe "billig" und "Gnade" streng zu scheiden. Dem Begriff "unbillig" wohnt ein noch näher zu bezeichnender Rechtswert, aber kein Gnadenwert inne.

(92) Mattern - Messmer Komm. § 131 Anm. 1

(93) zust. Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt S. 92. Danach liegt immer ein VA und nicht etwa ein Gnadenakt vor, wenn eine Verwaltungsbehörde aufgrund einer Billigkeitsnorm eine Entscheidung trifft, "weil die Behörde im Rahmen ihrer Vollzugsaufgaben ihr dem Rechtswert dienendes Ermessen anzuwenden hat". Vgl. auch Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 168.

3.) Auslegung des Begriffes "unbillig" über den Zweck des § 131 AO

Aufgabe der Gesetzesauslegung ist es, den Inhalt der Norm deutlich zu machen. Da nun aber die Auslegung der Norm und ihre Anwendung auf den gegebenen Sachverhalt nicht zwei völlig voneinander zu scheidende Vorgänge sind, sie sich vielmehr bedingen und gegenseitig durchdringen, wird auch die Auslegung des einzelnen Rechtsbegriffes von einem rechtlichen Vorverständnis des Beurteilers, welches sich auf den Sinngehalt des Normganzen bezieht, mitbestimmt (94). So wird heute vielfach betont, dass die Subsumtion eines Sachverhaltes unter einen Rechtsbegriff kein reiner Denktakt, sondern auch ein Willensakt sei (95); mit anderen Worten: beim Subsumtionsvorgang prägen von vornherein rechtliche Gesichtspunkte die Entscheidung des Rechtsanwenders. Das Verständnis des einzelnen Normbegriffes ist also bedingt von einem rechtlichen Vorverständnis des Normganzen und umgekehrt ist das Verständnis einer Rechtsnorm bedingt durch das Verständnis jedes einzelnen die Norm formenden Begriffes (96). Die Bedeutung der einzelnen Rechtsbegriffe variiert nach dem Sinnzusammenhang der Gesamtnorm, und deshalb muss der rechtliche Gehalt der einzelnen Begriffe ebensowohl aus dem Rechtssatz geschlossen werden, wie sie ihrerseits dessen Bedeutung erst völlig klarstellen. Die Bedeutung des Begriffes "unbillig" wird also auch von einem Gesamtverständnis des § 131 AO geprägt. Der rechtliche Gehalt des Begriffes "unbillig" ist ebenso abhängig vom rechtlichen Gehalt der gesamten Norm.

(94) Larenz Methodenlehre S. 291

(95) so erstmals v. Bülow Gesetz und Richteramt, Scheuerle, Rechtsanwendung S. 39 ff.

(96) Engisch, Logische Studien S. 15; Scheuerle Rechtsanwendung S. 15.

Rechtsmethodisch wird dieser Zusammenhang als "hermeneutischer Zirkel" bezeichnet (97). Hierbei wird die Wechselbeziehung deutlich (98), "welche zwischen den einzelnen Bestandteilen der Rede wie überhaupt jedweder Bekundung des Ganzen besteht, sowie ihre gemeinsame Beziehung auf das Ganze, dessen Teile sie bilden: eine „wechsel- und Ganzheitsbeziehung, welche die gegenseitige Durchleuchtung der Bedeutung einer sinnhaften Form im Verhältnis zwischen dem Ganzen und seinen konstitutiven Elementen und umgekehrt ermöglicht". Es ist demnach für eine rechtliche Präzisierung des Begriffes "unbillig" unerlässlich, das Sinnnganze des § 131 AO zu ergründen.

Hierbei ist fraglich, ob entscheidend "der Wille des Gesetzgebers" oder der "normative Gesetzesinn" sein soll. Hier stehen sich hauptsächlich zwei Theorien gegenüber, von denen die erste, die "subjektive Theorie" oder "Willenstheorie", die Erforschung des historisch-psychologischen Willens des Gesetzgebers, die zweite, die "objektive Theorie", die Darlegung des dem Gesetz innewohnenden vernünftigen Sinnes, des normativen Gesetzessinnes für das Ziel der Auslegung hält (99). Nach ersterer Meinung soll die Absicht des Gesetzgebers ermittelt werden. Die Auslegung soll sich in die Seele des wirklichen Gesetzgebers hineindenken (100).

(97) Betti, Allgemeine Auslegungslehre S. 220 ff.; Gadamer, Wahrheit und Methode S. 178, 250 ff.; zutreffend bemerkt Hassemer, Tatbestand und Typus 1968, dass der Prozess des Verstehens nicht dem Bilde des Kreises, sondern eher dem der Spirale zu vergleichen sei, weil die wechselseitige Erhellung dazu führt, dass jede Seite jeweils besser verstanden wird und dieser Vorgang sich mehrfach wiederholt.

(98) Betti, in Festschrift für Rabel Bd. 2 S. 102

(99) vgl. Binding, Handbuch des Strafrechts I S. 450 ff.; Kohler Grünhuts Ztschr. Bd. 13 S. 1 ff.; Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechtes I S. 254 ff.

(100) Windscheid Pandekten § 21 (I 49).

Nach der psychologischen Rechtstheorie Bierlings (101) ist entscheidend der Wille der an der Gesetzgebung beteiligten Personen; neben dem Wortlaut des Gesetzes sind also vorwiegend die Materialien heranzuziehen. Nun hatte aber schon Savigny auf die Bedeutung der objektiven Gesetzeszwecke hingewiesen (102). Hiermit verträgt sich die Forderung, dass die Auslegung den empirischen Willen des Gesetzgebers deutlich machen soll, schlecht. Unter dem zunehmenden Einfluss des positivistischen Wissenschaftsbegriffes und eines immer stärker werdenden Rationalismus erhob die objektive Auslegungslehre (103) die gegen den Historismus gerichtete Forderung, eine Rechtsnorm nach der im Gesetz enthaltenen Rechtsvernunft auszulegen. Die objektive dem Gesetz immanente Bedeutung sei die rechtlich massgebende. Richtig erscheint es, bei der Auslegung beide Aspekte miteinander zu verbinden. Eine Rechtsnorm ist "ihrem Wesen nach weder nur ein Willensakt oder Befehl noch zeitlose, objektive Vernunft, sondern bis zu einem gewissen Grad beides" (104). Danach ist Ziel der Auslegung grundsätzlich der normative Gesetzessinn, zur Ermittlung desselben kann jedoch der empirische Wille des Gesetzgebers herangezogen werden.

Dieser Anforderung ist im Folgenden Rechnung zu tragen.

(101) Bierling, Prinzipienlehre IV 230 f. 256 f. 275 f.

(102) Savigny, Methodenlehre 19

(103) von Binding, Wach und Kohler (aaO.)

(104) Larenz aaO. S. 299

a.) Geschichtlicher Überblick

aa) Die Entwicklung bis zum Erlass der RAO

Durch die Miquel'sche Steuerreform wurde das Institut der Steuermilderung aus Billigkeitsgründen als Folge des Streites um den "Fall Lucius" in das preussische Einkommensteuergesetz vom 24.6.1891 aufgenommen. So enthielt § 19 des preussischen Einkommensteuergesetzes die Befugnis der Verwaltung zum Steuererlass.

§ 19 preuss. EStG bestimmte:

"Bei der Veranlagung ist es gestattet, besondere, die Leistungspflicht des Steuerpflichtigen wesentlich beeinträchtigende wirtschaftliche Verhältnisse in der Art zu berücksichtigen, dass bei einem steuerpflichtigen Einkommen von nicht mehr als 12.500.- eine Ermässigung der im § 17 vorgeschriebenen Steuersätze um höchstens drei Stufen gewährt wird" (105).

Für die übrigen preussischen Staaten enthielt § 18 des preussischen Staatshaushaltgesetzes eine wesensgleiche Bestimmung.

Der während des 1. Weltkrieges zunehmende öffentliche Geldbedarf führte zu immer schärferen Kriegssteuergesetzen, die wiederum als notwendiges Korrelat zu der wachsenden Steuerlast Billigkeitsbestimmungen normierten. Als solche Ermächtigungen zum Steuererlass aus Billigkeitsgründen sind zu nennen: § 36 des Kriegssteuergesetzes vom 21. Juni 1916 (106), § 40 des Gesetzes über ausserordentliche Kriegsabgaben für das Rechnungsjahr 1918 vom 26. Juli 1918 (107) und in § 35 des Kriegsabgabengesetzes für das Rechnungsjahr 1919 vom 10. September 1919 (108).

(105) Gesetzessammlung für die Königlichen
Preussischen Staaten 1891 S. 175, 184

(106) RGBl. S. 561

(107) RGBl. S. 964

(108) RGBl. S. 1567

§ 35 des Kriegsabgabengesetzes normierte:

"Auf Antrag kann zur Vermeidung besonderer Härten eine von den Vorschriften dieses Gesetzes abweichende Berechnung des Mehreinkommens und Mehrgewinnes unter billiger Berücksichtigung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse eines Abgabepflichtigen genehmigt werden. Es kann insbesondere zugelassen werden, dass der Ermittlung des Friedenseinkommens oder Friedensgewinns das Ergebnis anderer Jahre zugrunde gelegt wird. Ferner kann das Mehreinkommen, soweit es nicht auf einer wirklichen Einkommensvermehrung, sondern lediglich auf einer veränderten Schätzung des Ertrages einzelner Einkommensquellen bei der Veranlagung des Friedens- und Kriegseinkommens beruht, oder das Mehreinkommen, auf das der Abgabepflichtige auch seiner Höhe nach bereits vor dem Kriege einen Rechtsanspruch erworben hatte, von der Abgabe freigestellt werden. Auch können Unbilligkeiten beseitigt werden, die sich aus Besonderheiten der einzelstaatlichen Einkommensteuergesetze oder daraus ergeben, dass die landesrechtliche Einkommensteuerveranlagung eine Wertminderung der Einkommensquelle nicht ausreichend berücksichtigt.

Über die Anträge entscheidet die oberste Landesfinanzbehörde im Einvernehmen mit dem Reichsminister der Finanzen. Bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet der Reichsrat."

Hier wird die genaue Umschreibung der Voraussetzungen zur Ermessensbetätigung der Verwaltung und der Rechtsfolgen offenkundig, die jedoch im Vergleich zu § 19 des preuss. EStG als erweitert bezeichnet werden müssen.

bb) Die Entwicklung von den Kriegssteuergesetzen bis zum Erlass des Abgabenänderungsgesetzes 1953

Aus den Billigkeitsvorschriften der Kriegssteuergesetze ging der § 108 der Reichsabgabenordnung hervor.

§ 108 AO lautete:

- "1) Der Reichminister der Finanzen kann für die einzelnen Fälle Steuern, deren Einziehung nach Lage der Sache unbillig wäre, ganz oder zum Teil erlassen oder in solchen Fällen die Erstattung oder Anrechnung bereits entrichteter Steuern verfügen. Die Befugnis hierzu kann für bestimmte Arten von Fällen den Landesfinanzämtern oder den Finanzämtern übertragen werden.
- 2) Für Fälle bestimmter Art kann der Reichsminister der Finanzen mit Zustimmung des Reichsrates aus Billigkeitsgründen allgemein Befreiungen oder Ermässigungen von Steuern sowie die Erstattung oder Anrechnung bereits entrichteter Steuern vorsehen."

Es sind nach dieser Bestimmung also zwei Anwendungsfälle zu unterscheiden, nämlich einerseits die Ermächtigung des RdF, Steuern im Einzelfall zu erlassen (109) und andererseits die Befugnis, mit Zustimmung des Reichsrates allgemeine Befreiungen oder Ermässigungen von Steuern anzuordnen (110). Die beiden Absätze unterscheiden sich auch insofern, als der Absatz I eine Ermessensentscheidung für einen individuell-konkreten Fall enthielt, wohingegen Absatz II eine generell-abstrakte Abweichung vom Steuergesetz mit Gesetzeskraft beinhaltete, die den davon unterfallenen Rechtsgenossen einen Rechtsanspruch auf die Vergünstigung gab, der notfalls gerichtlich verfolgt werden konnte (111).

(109) § 108 Abs. I RAO

(110) § 108 Abs. II RAO

(111) Becker, Komm. zur RAO 4.-Auflage 1925
§ 108 Anm. 1; RFH-Urteil vom 11.1.1922
Bd. 8 S. 45 ff. (48).

Die Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. Dez. 1930 enthielt in Kapitel IV, zweiter Abschnitt eine Neufassung des § 108 RAO (112). Der neugefasste § 108 RAO lautete:

- "1) Der Reichsminister der Finanzen kann für einzelne Fälle (auch für eine Mehrheit von einzelnen Fällen, wie bei Unwetterschäden oder sonstigen Notständen) Reichssteuern, deren Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre, ganz oder zum Teil erlassen oder in solchen Fällen die Erstattung oder Anrechnung bereits entrichteter Reichssteuern verfügen. Für Steuern, die nicht Reichssteuern sind, stehen, soweit die Länder nichts anderes vorschreiben, die im Satz 1 bezeichneten Befugnisse den öffentlich-rechtlichen Körperschaften zu, für deren Rechnung die Steuern erhoben werden; werden derartige Steuern für Rechnung eines Landes erhoben und ist die Erhebung den Finanzämtern und Landesfinanzämtern übertragen, so übt die oberste Landesbehörde die im Satz 1 bezeichneten Befugnisse aus. Die Befugnisse, die sich aus den Sätzen 1 und 2 ergeben, können den Landesfinanzämtern oder den Finanzämtern übertragen werden.
- 2) Für bestimmte Arten von Fällen kann der Reichsminister der Finanzen mit Zustimmung des Reichsrates aus Billigkeitsgründen allgemein anordnen, dass abweichend von den Vorschriften des Reichsrechtes
1. von Reichssteuern Befreiung gewährt wird oder die Steuern niedriger festgesetzt werden;
 2. von Realsteuern Befreiung gewährt wird oder die Steuermessbeträge für die Gewerbesteuer niedriger festgesetzt werden;
 3. die Besteuerungsgrundlagen für die Besteuerung nach dem Einkommen, dem Ertrage, dem Vermögen oder dem Umsatz niedriger festgestellt werden."

§ 108 I Satz 1 der Neufassung enthielt eine neue Typisierung der Erlassbefugnis, in welcher die Erkenntnis zum Ausdruck kam, dass auch mehrere einzelne Fälle in einem Billigkeitserlass zusammengefasst werden konnten.

In § 108 I Satz 2 und 3 kam jedoch das Prinzip der Ertragshoheit zum Ausdruck; der jeweilige Steuergläubiger sollte auch für den Erlass der Steuer zuständig sein. Der neugefasste Absatz II des § 108 RAO enthielt eine Ausdehnung der Ermächtigung des RdF auch für Realsteuern und für die Besteuerungsgrundlagen für die Besteuerung nach dem Einkommen, dem Ertrage, dem Vermögen und dem Umsatz.

Weiterhin brachte die Notverordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. Dez. 1930 folgenden neuen § 6a RAO. Diese Bestimmung lautete:

"Zu den vom Reiche erlassenen Steuergesetzen werden die Durchführungsbestimmungen, die Ausführungsbestimmungen und die zur Überleitung der Gesetzgebung und der Behördenorganisation erforderlichen Rechtsverordnungen vom Reichsminister der Finanzen erlassen. Er bedarf hierzu, soweit nichts anderes bestimmt ist, der Zustimmung des Reichsrates."

Nach dieser neuen Bestimmung war der RdF insbesondere befugt, Rechtsverordnungen über den Umfang der Befreiungen, Steuerermässigungen und -vergütungen zu erlassen.

Die Neufassung des § 108 RAO (113) trennte die beiden verschiedenen Fälle. Der Wortlaut des § 108 II RAO wurde ohne Änderung als § 13 RAO übernommen, während der Wortlaut des § 108 I RAO mit § 131 RAO eine andere Paragraphenbezeichnung erhielt.

Dieser neue § 131 RAO wurde durch das Einführungsgesetz zu den Realsteuergesetzen vom 1.12.1936 (114) dahingehend erweitert, dass der RdF aufgrund eines neu eingefügten Absatzes III mit Zustimmung des RdJ Richtlinien für den Erlass der Grundsteuer aufstellen konnte. § 6a RAO 1919 wurde durch die Neufassung der Reichsabgabenordnung vom 22.5.1931 nicht wesentlich berührt, sondern unverändert als § 12 RAO (115) übernommen.

Zusammenfassend lässt sich die Rechtslage mit der Neufassung der Abgabenordnung vom 22. Mai 1931 folgendermassen darstellen (116):

§ 131 regelte den Erlass von Steuern aus Billigkeitsgründen im Einzelfall bzw. bei einer Mehrheit gleichliegender Fälle (117). Ausserdem enthielt er die Befugnis des RdF, mit Zustimmung des RdJ für den Erlass der Grundsteuer Richtlinien aufzustellen (118). § 13 ermächtigte den RdF zur Anordnung genereller Steuerbefreiungen oder -ermässigungen aus Billigkeitsgründen durch Rechtsverordnung. Hierbei war zunächst die Zustimmung des Reichsrates erforderlich (119). Daneben bestand die Bestimmung des § 12, die es ermöglichte, zur Durchführung und zur Ergänzung der Steuergesetze des Reiches Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften zu erlassen und den Umfang der Steuerbefreiungen und -ermässigungen näher festzulegen.

(114) RGBl. I S. 961, 969

(115) neue Fassung

(116) RGBl. I 161

(117) Unwetterschäden und sonstige Notschäden

(118) RGBl. 1936 I S. 961, 969

(119) Durch das Gesetz zur Einheit von Reich und Staat vom 30. Jan. 1934 (RGBl. I S. 75) wurde das Zustimmungserfordernis des Reichsrates gegenstandslos. § 21 Ziff. 4 StAnpG vom 16.10.1934 (RGBl. I S. 925) bewirkte die entsprechende Berichtigung von §§ 12, 13 RAO.

Nach § 12 RAO (120) waren im Gegensatz zu der Ermächtigung in § 13 keine Abweichungen vom Gesetz gestattet, vielmehr mussten sich die nach § 12 ergangenen Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften im Rahmen des Gesetzes halten, zu dem sie erlassen waren. Zusätzlich zu diesen Bestimmungen leitete der RdF aus der Vorschrift des § 17 II AO 1931 die Befugnis ab, mittelbare Steuererleichterungen dadurch herbeizuführen, dass er durch allgemeine Verwaltungsanweisungen, sogenannte Milderungserlasse, die Finanzbehörden anwies, unter gewissen Voraussetzungen Steueransprüche nicht geltend zu machen (121). Der RFH trat dieser Auffassung nicht entgegen (122), schränkte sie einzig gelegentlich ein (123).

Die §§ 12 und 13 AO sind jedoch mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des GG am 24.5.1949 (124), spätestens vom Zeitpunkt des ersten Zusammentrittes des Bundestages (125) an, erloschen (126). Denn das Grundgesetz bestimmt in Art. 129 Abs. III, dass Rechtsvorschriften, die eine Ermächtigung zu ihrer Änderung oder Ergänzung oder einen Erlass von Rechtsvorschriften anstelle von Gesetzen, die sog. gesetzesvertretenden Rechtsverordnungen, enthalten, erloschen sind.

(120) vormals § 6a RAO

(121) RStBl. 1940 S. 756 ff. 757

(122) RFH-Urteil vom 29.7.1936 VI A 990/33 Bd. 39 S. 361 ff. (363); RFH-Urteil vom 6.9.1940 V 208/38 - in Bd. 49 S. 157 ff. (158)

(123) RFH-Urteil vom 21.6.1939 - VI 599/38 in RStBl. 1939 S. 937 ff.; RFH-Urteil vom 19.1.1939 - III 97/37 in Bd. 46 S. 67 ff. (71); RFH-Urteil vom 2.8.1939 - VI 507/38 in Bd. 47 S. 182 ff. (185)

(124) BFH BStBl. 52 III S. 9

(125) BVerfGE Bd. 2 S. 37

(126) Jung BB 54, 588

Davon wurden auch die §§ 12, 13 AO betroffen (127).

Mit der veränderten Rechtslage nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes konnte auch die auf § 17 II AO 1931 gestützte Befugnis des RdF nicht übereinstimmen. Die Änderung von Steuergesetzen durch Verwaltungsvorschriften war mit dem grundgesetzlichen Prinzip der Gewaltenteilung nicht zu vereinen (128). Dementsprechend wurde die Bestimmung des § 17 AO 1931 durch § 39 II des Gesetzes über die Finanzverwaltung vom 6.9.1950 (129) aufgehoben (130) und durch die §§ 1 und 2 dieses Gesetzes ersetzt.

Seit 1950 lässt sich eine gesetzgeberische Tendenz beobachten, die erloschene Ermächtigung des § 13 AO über Spezialermächtigungen in einzelnen Steuergesetzen wiederherzustellen (131).

Als solche Spezialermächtigungen können angesehen werden:

- (127) Die §§ 12, 13 AO wurden dann dennoch durch Art. I Ziff. 2 des AO-Änderungsgesetzes vom 11. Juli 1953 (BGBl. I S. 511) mit deklaratorischer Wirkung aufgehoben.
- (128) BFH-Gutachten vom 22.11.1951 - IV D 1/51 S BStBl. 1952 III S. 6
- (129) BGBl. I S. 448
- (130) Diesem Akt kam wohl gleichfalls deklaratorische Natur zu.
- (131) BFH BStBl. 1952 III S. 9

Art. II Ziff. 1 des Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes und des Körperschaftsteuergesetzes vom 29.4.1950 (132), geändert durch Abschnitt I Ziffer 20 des Gesetzes zur Änderung und Vereinfachung des Einkommensteuergesetzes und Körperschaftsteuergesetzes vom 27.6.1951 (133); Art. IV Ziffer 1 des Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes und des Körperschaftsteuergesetzes vom 29.4.1950 (134), geändert durch Abschnitt II Ziffer 5 des Gesetzes zur Änderung und Vereinfachung des Einkommensteuergesetzes und Körperschaftsteuergesetzes vom 27.6.1951 (135); Abschnitt I Ziffer 10 des Gesetzes zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes und Beförderungsteuergesetzes vom 28.6.1951 (136); Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Erbschaftsteuergesetzes vom 30.6.1951 (137) und Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Grundsteuergesetzes vom 10.8.1951 (138).

In all diesen Normen ist eine Ermächtigung der Bundesregierung enthalten, mit Zustimmung des Bundesrates - insoweit allerdings mit Ausnahme der Umsatzsteuer - Rechtsverordnungen zur Durchführung der genannten Steuergesetze zu erlassen, "soweit dies zur Wahrung der Gleichmässigkeit bei der Besteuerung und zur Beseitigung von Unbilligkeiten in Härtefällen erforderlich ist".

cc) Die Neuerungen durch das Abgabenänderungsgesetz vom 11.7.1953

Gemäss Art. I Ziffer 6 des Gesetzes zur Änderung von einzelnen Vorschriften der Reichsabgabenordnung und anderer Gesetze wurde der § 131 AO neu gefasst.

- (132) BGBI. I S. 95
- (133) BGBI. I S. 411
- (134) BGBI. I S. 95
- (135) BGBI. I S. 411
- (136) BGBI. I S. 402
- (137) BGBI. I S. 759
- (138) BGBI. I S. 515

In der Begründung zum Entwurf der Bundesregierung (139) heisst es: "Es hat sich gezeigt, dass die bisher durch § 131 AO eröffnete Möglichkeit, für einzelne Fälle, auch für eine Mehrheit von einzelnen Fällen Steuern, deren Einziehung nach Lage des Falles unbillig wäre, zu erlassen, nicht ausreicht. Es ist insbesondere erforderlich, dass für bestimmte Gruppen von gleichgelagerten Fällen Steuern erlassen, erstattet oder angerechnet werden können, wenn ihre Einziehung nach Lage dieser Fälle unbillig wäre."

Der ursprüngliche Entwurf der Bundesregierung hatte eine dieser Begründung entsprechende Fassung: "Für einzelne Fälle oder für bestimmte Gruppen von gleichgelagerten Fällen können Steuern ganz oder zum Teil erlassen, erstattet oder angerechnet werden, wenn ihre Einziehung nach Lage dieser Fälle unbillig wäre. Die Befugnis zum Erlass der Steuern umfasst bei Besitz- und Verkehrsteuern auch das Recht, zuzulassen, dass die Steuer niedriger festgesetzt wird oder dass einzelne Besteuerungsgrundlagen, die die Steuer erhöhen, bei der Festsetzung der Steuern nicht berücksichtigt werden. Mit Zustimmung des Steuerpflichtigen kann bei Steuern vom Einkommen zugelassen werden, dass einzelne Besteuerungsgrundlagen, soweit sie die Steuer erhöhen, bei der Steuerfestsetzung erst zu einer späteren Zeit, und dass sie, soweit sie die Steuer mindern, schon zu einer früheren Zeit berücksichtigt werden."

Hierzu vertrat der Bundesrat die Auffassung (140), ein Steuererlass für bestimmte Gruppen von Fällen komme nicht vor.

(139) BT-Drucks. 1. Wahlperiode 1949 Nr. 3926 zu Art. I Ziffer 5

(140) BT-Drucks. aaO. S. 7-8

Eine Umschreibung der Fallgruppen durch den Finanzminister sei noch kein Erlass, sondern nur eine Ermächtigung gegenüber nachgeordneten Behörden, den Erlass in bestimmten Fällen auszusprechen. Andererseits sei es der Verwaltungsbehörde möglich, einen Steuererlass auch für eine Mehrheit von gleichgelagerten Fällen individuell-konkreter Natur in einer einzigen Verfügung zu treffen.

Deshalb schlug der Bundesrat vor, im Abs. I des Entwurfs der Bundesregierung die Begriffe "oder für bestimmte Gruppen von gleichgelagerten Fällen" zu streichen und den Absatz II folgendermassen zu formulieren: "Für bestimmte Gruppen von gleichgelagerten Fällen können für die Anwendung des Abs. I Richtlinien aufgestellt werden."

Der Ausschuss des Bundestages für Finanz- und Steuerfragen stimmte der Meinung des Bundesrates zu, § 131 I AO nur für Einzelfälle gelten zu lassen, und fügte in § 131 II AO das Wort "entsprechend" hinzu, um dadurch deutlich zu machen, dass die Unbilligkeit der Steuereinzahlung in den Fällen des § 131 II AO nicht für den einzelnen Fall, sondern für bestimmte Gruppen von gleichgelagerten Fällen gegeben sein muss (141).

In dieser Form wurde § 131 I, II AO beschlossen (142). Die zuvor erfolgte Anrufung des Vermittlungsausschusses betraf nur § 131 III, IV AO (143).

(141) Prot. S. 12, 468 A

(142) BT-Prot. S. 12473 C

(143) BR-Drucks. 145/1/53 v. 17.4.1953 zu II 1 und 2 und Bericht über die 105. Sitzung des Bundesrates vom 24.4.1953 Bundesrat-Prot. S. 201/202; BT-Drucks. Nr. 4363; BT-Prot. S. 13114 C,D; BT-Prot. 13115 A; BT-Prot. 13117 A; BR-Prot. S. 290

Die neue Fassung des § 131 I, II AO trat am 17.7.1953 in Kraft (144).

dd) Das Steueränderungsgesetz 1961

Durch dieses Gesetz wurde der § 131 I S. 1 AO neu gefasst (145). Er lautet in der Neufassung durch dieses Gesetz:

"Im Einzelfall können Steuern und sonstige Geldleistungen ganz oder zum Teil erlassen werden, wenn ihre Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre; unter der gleichen Voraussetzung können bereits entrichtete Steuern und sonstige Geldleistungen erstattet oder angerechnet werden."

Die Neufassung enthielt also nur eine Erweiterung der Erlassbefugnis auf "sonstige Geldleistungen" (146).

ee) Keine Änderung des § 131 I, II AO seit dem Steueränderungsgesetz 1961

Neuere Gesetzesänderungen, welche die Abgabenordnung berührten, hatten keine Änderungen des rechtlichen Gehaltes des § 131 I, II AO zum Inhalt (147).

(144) vgl. Art. IV des Gesetzes zur Änderung von einzelnen Vorschriften der Reichsabgabenordnung und anderer Gesetze)

(145) vgl. BGBI. I S. 995

(146) Der BFH hatte eine analoge Anwendung auf sonstige Geldleistungen abgelehnt. BFH v. 28.8.1959 III 298/58 U, BStBl. 1959 III S. 471; BFH vom 22.12.1960 V 1/59 S BStBl. 1961 III S. 197

(147) vgl. Beck'sche Steuergesetze: Die in der Einleitung zur AO aufgeführten Änderungsgesetze und ihre dort gleichfalls angegebenen Fundstellen im Bundesgesetzblatt.

b.) § 131 AO im Rahmen des staatlichen Innenverhältnisses

aa) Grundsätzliches

Bei der Erforschung des Zweckes und der Bedeutung des Steuererlasses ist sowohl der Bedeutungszusammenhang der einzelnen Teile der Bestimmung des § 131 AO als auch seine Einordnung in das Sinnganze der gesamten Steuerrechtsordnung sowie der ganzen staatlichen Rechtsordnung zu beachten. Die Steuerrechtsordnung kann nicht als eine Zusammenfassung einzelner Rechtssätze, sondern nur als eine einheitliche Regelung begriffen werden, denn der Sinngehalt einer einzelnen Rechtsnorm wird nur in ihrem Zusammenhang mit anderen Rechtsnormen deutlich (148). Dementsprechend kann der Sinngehalt des § 131 AO nur in seinem materiellen und gesetzgebungstechnischen Zusammenhang mit den Normen offenbar werden, welche zusammen mit § 131 AO eine Sinneinheit bilden (149).

Hierbei ist vorwiegend der vom Gesetz verfolgte Normzweck im Auge zu behalten, das heisst, der § 131 AO ist besonders unter dem Blickwinkel des in ihm verwirklichten Interessenausgleiches und der in ihm enthaltenen Problemlösung zu betrachten. Der Normzweck seinerseits ist aber nur insoweit erheblich, als er in das Gesamtgefüge der Zwecke der Steuerrechtsordnung eingeordnet werden kann. Denn so, wie die einzelne Rechtsnorm in den Gesamtzusammenhang verwandter Rechtsvorschriften einzuordnen ist, so muss auch der Normzweck jeder einzelnen Rechtsvorschrift in das Gesamtgebäude der Gesetzeszwecke eingefügt und aus diesem Gesamtkomplex heraus begriffen und interpretiert werden.

(148) Felix Somlo, Juristische Grundlehre S. 382

(149) Larenz Methodenlehre S. 307

bb) Das überlieferte Gesetzmässigkeitsprinzip und der Grundsatz von der "Verwaltung auf Antrieb des Gesetzes"

Im konstitutionellen Staat war es die vorrangige Aufgabe der Gesetze, den Bürgern einen Freiheitsraum zu sichern. Die Regierung des Monarchen konnte in Freiheit und Eigentum des einzelnen Bürgers nur aufgrund eines Gesetzes eingreifen. Damit war die Freiheitssphäre der Staatsbürger unter den Schutz der Volksvertretung gestellt, denn die Gesetze bedurften der Zustimmung der Volksvertretung.

Gem. Art. 20 II Satz 1 des Grundgesetzes - vgl. auch Art. 1 II der Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 - geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Danach besitzt die Exekutive keinen vom Volk autonomen Gewaltenbereich. Da es gemäss Art. 20 II Satz 1 GG keine Kompetenz gibt, die nicht von der Verfassung oder einem verfassungskonformen normativen Rechtssatz abgeleitet und damit auf den Volkswillen zurückgeführt werden kann, ist das im konstitutionellen Staat gültige Gesetzesverständnis vom Gesetz als einem die Freiheitssphäre des einzelnen Bürgers wahrenen Instrument überholt. Der Rechtsgrundsatz vom "Vorbehalt des Gesetzes" bedarf keiner besonderen verfassungsnormativen Ausprägung, sondern ergibt sich aus dem Grundsatz, dass die Verwaltung Vollziehung der Gesetze und damit zugleich Erfüllung des Willens des Staatsvolkes ist. Im Volksstaat sind die Gesetze Ausdruck der vom Staatsvolk erstrebten Ziele und des von diesem erwünschten Ordnungssystems.

Die in den Gesetzen zum Ausdruck gekommenen Ziele und Vorstellungen können jedoch nur dann in der Rechtswirklichkeit verwirklicht werden, wenn die Verwaltung an die Gesetze gebunden ist. Diese Bindung der Verwaltung an die Gesetze muss aber in einem zweifachen Sinne verstanden werden:

Zum einen darf die Verwaltung keine weitergespannten Ziele verwirklichen, als die im Gesetz zum Ausdruck gekommenen, das heisst die Verwaltung darf die gesetzliche Ermächtigung nicht überschreiten (150).

Zum anderen kann der Verwaltung keine Freiheit vom Gesetz zugestanden werden; sie muss also immer dann tätig werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen, an die das Gesetz die Rechtsfolge knüpft. Denn sonst würde letztlich nicht der Volkswille - dieser findet aber gerade Ausdruck in den von der Volksvertretung beschlossenen Gesetzen - die staatliche Ordnung festlegen, sondern die über die Anwendung der Gesetze in selbstherrlicher Freiheit befindende Verwaltung.

Die Verwaltung muss also tätig werden, so oft im Einzelfall die gesetzlichen Voraussetzungen für ein behördliches Einschreiten gegeben sind. Bindung der Verwaltung an das Gesetz bedeutet daher: sowohl Verwaltung in den Grenzen der Gesetze als auch Verwaltung auf "Antrieb der Gesetze" (151). Mit diesem rechtsstaatlichen Verständnis vom Gesetz als dem zur Rechtswirklichkeit geborenen Volkswillen verbindet sich notwendig die Forderung nach der durch das Gesetz zu verwirklichenden Rechtsgleichheit. Die Verwirklichung des Volkswillens soll nach einem für alle gleichen Maßstab erfolgen.

(150) Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes

(151) Fleiner S. 131 Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts 8. Auflage 1928

Darum ist es eine Anforderung an den Gedanken der Rechtsgleichheit, das Gesetz in keinem Fall unvollzogen sein zu lassen. Wenn ein Gesetz Eingriffe in den Freiheitsraum der Bürger normiert, so haben die Behörden diese Eingriffe zu vollziehen. Der Verzicht auf einen solchen gesetzlich normierten Eingriff käme der Nichtanwendung des Gesetzes gleich und somit einer Freiheit der Verwaltung vom Gesetz. Sowohl der Gedanke "Verwaltung auf Antrieb der Gesetze" als auch die damit untrennbar verbundene Forderung nach Rechtsgleichheit verpflichten demnach die Behörden zum Handeln, so oft im Einzelfall die gesetzlichen Voraussetzungen für ein behördliches Einschreiten gegeben sind.

cc) Der Grundsatz von der "Verwaltung auf Antrieb des Gesetzes" im Steuerrecht

Auch im Steuerrecht muss unter der Herrschaft des Grundgesetzes die Schrankendoktrin ver-lassen werden, und das Steuergesetz darf nicht nur als subjektive Schranke des "Eingreifen-Dürfens" verstanden werden, sondern als inhaltlicher Maßstab des rechtlichen "Müssens" der Steuerverwaltung (152).

Auch im Steuerrecht hat sich die defensive (153) Funktion des Verwaltungsgesetzes weitgehend in eine offensive Funktion gewandelt insoweit, als die Verwaltung nicht nur die gesetzlichen Schranken gegenüber der Freiheitssphäre des einzelnen überschreiten darf, sondern dem durch den Gesetzgeber repräsentierten Volkswillen gegenüber verpflichtet ist, den Gesetzesauftrag zu erfüllen. Dieses Verständnis von der Gesetzesbindung der Verwaltung besagt aber im Steuerrecht, dass die Finanzverwaltung immer dann die Steuergesetze vollziehen muss, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

(152) Menger DÖV 55 S. 587 ff.; Stern JZ 60, 558

(153) aaO. Menger

Da aber die Steuerschuld des Steuerpflichtigen schon mit Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes entstanden ist und nicht etwa erst durch einen Verwaltungsakt der Finanzverwaltung zur Entstehung gebracht wird, fordert der Grundsatz der Gesetzesbindung im Steuerrecht, dass die Steuerschuld von allen Steuerpflichtigen gleichmässig erhoben wird. Der Staat als Gläubiger der Steuerschuld muss demnach die Steuern einziehen.

dd) Die Durchbrechung des Grundsatzes der Gesetzesbindung im Steuerrecht über § 131 AO

(c) Die gesetzestechnische Durchbrechung des Grundsatzes der Gesetzesbindung im Zusammenhang vom rechtsmethodischen Problem der begrifflichen Abstrahierung

Die Forderung nach Rechtsgleichheit setzt das Gesetz als abstrakt-generelle Regelung voraus. Die Gleichbewertung von im wesentlichen gleichliegenden Fällen setzt den abstrakten Begriff und das aus solch abstrahierten Begriffen geformte Gesetz voraus. Denn ein Gesetz, das als abstrakt-generelle Regelung begriffen wird (154), bedarf des abstrakten Begriffes, welcher allein es ermöglicht, eine grosse Zahl von Einzelsachverhalten zu subsumieren; denn die Begriffsbildung durch Abstraktion erfolgt entweder durch das Wegsehen von der Fülle des Besonderen oder das Herausheben und Festhalten eines bestimmten Allgemeinen (155), womit die rechtstechnische Möglichkeit umschrieben ist, viele individuelle Gegenstände, gemessen an ihrer gattungsmässigen Gleichheit, gleich zu behandeln. Formelle Gesetze konkret-individuellen Inhaltes oder weitergefasst, Individual- oder Einzelfallgesetze können Rechtsgleichheit nicht schaffen, da eine unendliche Fülle von kasuistischer Einzelfallregelung vonnöten wäre, die bei der Mannigfaltigkeit der Lebenserscheinungen aber nicht zu erreichen ist.

(154) womit die Aufgabe umschrieben ist, eine grosse Vielzahl von verschiedenen ähnlichen Lebensvorgängen in übersehbarer Weise aufzufassen und so zu ordnen, dass Sachverhalte, die als im wesentlichen gleich verstanden werden, auch im wesentlichen gleiche Rechtsfolgen auslösen

(155) Larenz Methodenlehre S. 413 Anm. 2

Unübersichtlichkeit und Unvorhersehbarkeit der Entscheidung wären die notwendigen Folgen eines solchen Unterfangens.

Da aber durch die Abstraktion nur einzelne Eigenschaften und Momente aufgefasst werden, sie daher eine Trennung des Konkreten und eine Vereinzelung seiner Bestimmungen ist (156), ist ihr mit zunehmender Abstraktionshöhe zunehmende inhaltliche Leere immanent. Der abstrakteste ist auch der inhaltsärmste Begriff, denn er wird vorwiegend durch wenig Konkretes, aber viel Allgemeines gekennzeichnet. "Hier geht der Abweg ab, auf welchem die Abstraktion vom Wege des Begriffs abkommt und die Wahrheit verlässt. Ihr höheres und höchstes Allgemeine, zu dem sie sich erhebt, ist nur die immer inhaltloser werdende Oberfläche (157)."

Neben dieser Tendenz zur Sinnentleerung ist dem abstrakten Begriff eine Tendenz zur Trennung und Isolierung der Begriffe und zur Ausformung kontradiktorischer Gegensätze inne (158). "Diese Tendenz ergibt sich einmal schon aus dem Streben, um eine möglichst zweifelsfreie Subsumtion zu ermöglichen, allenthalben scharfe Grenzen zu ziehen; hinzu kommt der Wunsch nach Vollständigkeit der Einteilungen des Systems. Diese scheint am ehesten gewährleistet zu sein, wenn es wenigstens auf den höchsten Stufen der Abstraktion jeweils nur ein "entweder - oder", d. h. nur zwei einander ausschliessende Subsumtionsmöglichkeiten gibt, eine dritte "denk unmöglich" ist. Das System der abstrakten Begriffe ist daher so aufgebaut, dass möglichst auf den höchsten Stufen der Begriffspyramide jeweils nur zwei Begriffe gebildet und diese als kontradiktorische Gegensätze verstanden werden."

(156) vgl. Hegel Ausgabe Glockner Bd. V (Logik) S. 61

(157) Hegel Ausgabe Glockner Bd. V S. 60

(158) vgl. Larenz aaO. S. 421

Diese Starrheit und Unbeweglichkeit des abstrahierenden Denkens muss aber überall dort nicht vorgesehene Härten zur Folge haben, wo der Sachverhalt dem abstrakten Begriff zwar zu subsumieren ist, dies aber nicht mehr der ratio legis entspricht, wo also fließende Übergänge und gleitende Zwischenformen gegeben sind. Diese Härten können zum Teil durch die bekannten legislativen Hilfsmittel, wie z. B. auf der Tatbestandsseite unbestimmter Rechtsbegriff, Generalklausel, Fiktion und gesetzliche Auslegungsregel, auf der Rechtsfolgeseite Ermessenseinräumung und Anweisung zu bestimmter Ermessensausübung gemildert werden, andererseits führt solche normative Dehnbarkeit und Anpassungsfähigkeit zu noch grösserer begrifflicher Unschärfe und dadurch bedingter Rechtsunsicherheit.

Aus diesen rechtmethodischen Mängeln bei der begrifflichen Abfassung abstrakt-genereller Gesetze wird die gesetzestechnische Funktion des § 131 AO als die gesetzlich normierte Durchbrechung des Grundsatzes der Gesetzesbindung offenbar. So beinhaltet § 131 AO in methodischer Hinsicht eine Billigkeitsnorm für all die Fälle, wo abstrakt-generelle Regelung nicht genügt, um ein angemessenes Ergebnis zu erreichen.

Gesetzestechnisch ist durch § 131 AO ein legislativ umrissener und begrenzter Raum geschaffen, der der Verwaltung Freiheit vom Gesetz gewährt. § 131 AO erlöst die Verwaltung unter Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen vom Grundsatz der "Verwaltung auf Antrieb des Gesetzes"; er normiert die Freiheit vom Gesetz im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzung "unbillig". Somit ist der Billigkeitserlass als die für den Einzelfall erfolgende Entbindung vom abstrakt-generellen Gesetzesbefehl zu qualifizieren; er enthält die Möglichkeit für die Verwaltung, den sich aus dem abstrakt-generellen Gesetzesbefehl ergebenden strengen Normbefehl nicht durchzuführen.

Nun kann aber eine solche Möglichkeit nicht im gesetzesfreien Raum stehen; denn wenngleich auch ihr Ziel und Gegenstand die Freiheit von der sich aus dem abstrakt-generellen Gesetz ergebenden Bindung ist, so bedarf auch diese Freiheit einer Einschränkung in gesetzlicher Hinsicht. Gemäss § 1 AO (159) haben die Finanzämter die Steuer zu erheben, wenn das Gesetz die Steuerpflicht normiert, woraus sich ergibt, dass den Finanzämtern keine willkürliche Freiheit dahingehend zusteht, auf Steuern nach Gutdünken zu verzichten. Die hiervon abweichenden Ansichten früherer Art (160), wonach die Finanzverwaltung vom steuergesetzlichen Tatbestand auch ohne gesetzliche Grundlage zugunsten des Steuerpflichtigen abweichen darf, sind aus rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten heute unmassgeblich. Wegen des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung ist vielmehr eine Sonderermächtigung (161), sozusagen eine *lex specialis* zu dem allgemeinen Steuergesetz, welche Freiheit von diesem gewährt (162), erforderlich.*

§ 131 AO enthält nun eine solche Gegennorm zum allgemeinen Steuergesetz. Hierbei ist zu beachten, dass auch er mit der gesetzlichen Normierung allen Mängeln unterliegt, die sich aus den begrenzten gesetzestechnischen Möglichkeiten und der Unzulänglichkeit abstrakter Begriffe ergeben.

Auch § 131 AO, als *lex specialis* gegenüber dem allgemeinen Steuergesetz, enthält eine abstrakt-generelle Regelung, welche sich nur bezogen auf die abstrakt-generelle Regelung der allgemeinen Steuergesetze als Durchbruch für den Einzelfall darstellt.

(159) RGBl. I S. 161

(160) Spitaler FR 1954 S. 4; OVG Lüneburg Urt. vom 25.3.1954 I OVG A 292/53 DVBl. 1954 S. 362; Felix Ermessensausübung im Steuerrecht S. 16; Felix, Festschrift für Armin Spitaler S. 135 ff. 154

(161) Judeich, in Judeich-Felix Komm. zum StAnpG 1960 § 3 Anm. 11

(162) BVerwG Urt. vom 5.6.1959 VII C 83, 57 Bd. 8 S. 330; H.J. Wolff Verwaltungsrecht Bd. I 6. Auflage S. 229

Für die gesetzestechnische Funktion bleibt jedoch festzuhalten, dass § 131 AO eine auf den Einzelfall bezogene Durchbrechung des sich aus der abstrakt-generellen Natur der allgemeinen Steuergesetze ergebenden Normbefehls enthält. Hierfür ist mit dem Begriff "unbillig" die gesetzliche Schranke für diese Durchbrechung aufgestellt; denn nur bei Vorliegen der Voraussetzung "unbillig" ist die Entbindung vom Gesetzesbefehl, das ist die Milderung oder der Erlass der Steuerschuld, zulässig.

3) Der materielle Gehalt des § 131 AO

Aus dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung folgt, dass ein Billigkeitserlass nicht durch eine Härte gerechtfertigt wird, die im Gesetz selbst begründet und vom Gesetzgeber gewollt ist (163). Diese Härte trifft nämlich jeden, der unter das Gesetz fällt und den Steuerstatbestand verwirklicht, gleichmässig schwer. Mit Hilfe des § 131 AO darf das Gesetz nicht korrigiert werden. Gesetze dürfen nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung nur durch das Bundesverfassungsgericht im Wege des Normenkontrollverfahrens für verfassungswidrig und nichtig erklärt werden (164). Die Finanzverwaltung ist an das Gesetz gebunden; sie hat nicht über die Verfassungsmässigkeit eines Steuergesetzes zu entscheiden, sondern es anzuwenden und zu erfüllen (165). Den Verwaltungsbehörden ist es nicht gestattet, über den Billigkeitserlass staatspolitische Ziele zu verfolgen. Dies ist Aufgabe der Legislative. Die Verwaltungsbehörden dürfen durch ihre Massnahmen keine Wirtschafts-, Sozial-, Kultur- oder Innenpolitik betreiben. Aufgabe der Verwaltung ist es, die durch die Legislative verbindlich festgelegten Staatsziele durch Anwendung der Gesetze und deren Aktualisierung auf den Einzelfall zu verfolgen (166).

(163) BFH 88, 382

(164) vgl. Art. 93 GG

(165) Paulick, Lehrbuch S. 214, 590

(166) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht S. 13

§ 131 AO gestattet es nicht, aussergesetzliche politische Sachziele zu verfolgen, auch wenn sie noch so wünschenswert sind (167). Dem Prinzip von der Teilung der staatlichen Gewalt widerspräche es auch, über § 131 AO verbindliche Entscheidungen der Finanzgerichte, die den Vorstellungen der Verwaltung widersprechen, im Einzelfall zu umgehen oder rechtlichen Problemen durch einen Billigkeitserlass auszuweichen. Der Billigkeitserlass ist kein verwaltungstechnisches Instrument, um staatliche Funktionen, die der Legislative oder Judikative grundgesetzlich zugeordnet sind, auf die Finanzverwaltung überzuleiten. "Die Vorschrift des § 131 AO räumt der Verwaltungsbehörde nicht die Befugnis ein, anstelle einer vom Gesetzgeber unterlassenen sozial- oder wirtschaftspolitischen Massnahme die gesetzlich geschuldete Steuer ganz oder teilweise nicht zu erheben." (168).

Sinn und Zweck des § 131 AO besteht einzig darin, der Finanzverwaltung eine Möglichkeit zu geben, wonach Härtefälle, die für den Gesetzgeber nicht voraussehbar waren, gemildert werden können (169). Dagegen sollen dem Gesetzgeber bekannte und von ihm anerkannte steuerliche Auswirkungen nicht umgangen werden können. Demnach liegt ein Steuererlass nur dann im gesetzlichen Rahmen des § 131 AO, d. h. wird nur dann dem Sinn und Zweck der Bestimmung gerecht, als nach dem zum Ausdruck gekommenen oder mutmasslichen Willen des Gesetzgebers (170) auf dem in Betracht kommenden Steuerrechtsgebiet angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber die zu entscheidende Frage, wenn er sie geregelt hätte, ebenso entschieden hätte, wie es in dem getroffenen Erlass geschehen ist.

(167) Paulick aaO.

(168) BFH L. S. 1 BStBl. 64 III 589

(169) BFH aaO. S. 590

(170) Entscheidend ist auch hier der normative Gesetzessinn

Denn das Steuerrecht, in seinem Wesen als Massen- und Wirtschaftsrecht gekennzeichnet, bedingt unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität die Setzung von Typentatbeständen und den notwendigen Verzicht auf ein letztes Mass an Individualität (171). Diese Umstände aber, nämlich die Verwendung generalklauselartiger Begriffe, die Typisierung bei der Aufstellung der Steuertatbestände und die oftmals nur schwer mögliche rechtliche Erfassung und Formulierung wirtschaftlicher Lebensabläufe in ausserlich erkennbare Tatbestandsmerkmale (172) bringen die einen Billigkeitserlass erforderlich machenden Härten der Steuergesetze mit sich. Der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des gesetzlichen Steuertatbestandes den normalen Wirtschaftsgang erfassen wollen, nicht aber auch atypische, etwa infolge einer unvorhersehbar eingetretenen Wandlung oder Veränderung der äusseren Umstände, aus dem Rahmen des Normalen fallende Sachverhalte, die nur formell unter die Gesetzesnorm passen. Für solche Fälle eine gerechte Entscheidung auf gesetzlicher Grundlage zu ermöglichen, darin besteht der Sinn und Zweck des § 131 AO (173).

c.) § 131 AO im Rahmen des Aussenrechtsverhältnisses Bürger - Staat

aa) Der Billigkeitserlass und der Grundsatz vom Gesetzesvorbehalt

Das Steuerrecht ist in seiner typischen Funktion, nämlich der Erfassung von Steuertatbeständen und der daran geknüpften Einziehung der gesetzlich geschuldeten Steuerschuld, vorwiegend als Eingriffsverwaltung zu qualifizieren.

(171) Hensel Vierteljahresschrift 1930 S. 477;
Wacke StW 1947 Sp. 50

(172) Hensel Vierteljahresschrift 1927 S. 49

(173) vgl. Dyckhoff Diss. aaO. S. 17 - 21

Das bedeutet: nach der herkömmlichen Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung ist das Steuerrecht wegen seiner typischen Aufgabe, nämlich der Auferlegung von Belastungen und der Durchsetzung dieser Belastungen, eingreifende, das heisst die Freiheitssphäre des einzelnen Bürgers einschränkende Verwaltung. Aber schon Rupp (174) und Obermayer (175) haben frühzeitig darauf hingewiesen, dass auch vorwiegend eingreifenden Verwaltungsgesetzen aus der Perspektive eines beteiligten Dritten gewährende Funktion zukommen kann (176) und es fragt sich, ob dieser Gedanke nach dem Geist des Grundgesetzes, wonach die Antithese von Staat und Untertan in die Synthese von Staat und mitverantwortlicher inkorporierter Bürgerschaft aufgelöst werden soll, nicht auch für das Gebiet des Steuerrechtes Geltung beanspruchen kann, die Erhebung von Steuern also ihrem Zweck nach Daseinsvorsorge ist, bei der etwaigem Eingreifen nur Komplementärfunktion zukommt. Aus der Sicht der staatlichen Gemeinschaft wird die Eingriffsverwaltung zur gemeinschaftserhaltenden Leistungsverwaltung. "Diese mögliche Doppelgesichtigkeit jeder Verwaltungsfunktion lässt überhaupt die Frage entstehen, ob die derzeitige Kontrastierung der Eingriffsverwaltung mit der Leistungsverwaltung rechtlich sinnvoll ist" (177). Darüber hinaus erscheint die Steuerverwaltung gerade beim Billigkeitserlass nicht in der sonst üblichen Eingriffsfunktion. Die Befreiung von einer der Allgemeinheit auferlegten Belastung muss vielmehr auch nach der herkömmlichen Unterscheidung dem gewährenden Verwaltungsbereich zugerechnet werden.

(174) DVBl. 1958, 115 ff.

(175) DVBl. 59, 356

(176) Diesen Gedankengang hat auch schon Erich Becker in VVDStRL. 14, S. 109 ff. ausgesprochen, wo er die Herstellung und Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung der Leistungsverwaltung zurechnet.

(177) Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre S. 267

Hier wird nun das Verhältnis von Steuerverwaltung und einzelner Bürger in seiner rechtlichen Erfassung schwierig. Denn der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes wird nach der herrschenden Staatsrechtslehre nur auf die Eingriffsverwaltung angewandt. Fraglich ist damit, ob es überhaupt einer rechtlichen Normierung des vom Billigkeitserlass erfassten Regelungsbereiches bedarf. Jedoch ist die von der herrschenden Meinung gemachte Einschränkung des Vorbehaltprinzips nur durch ein grundgesetzwidriges Nachwirken des monarchischen Staatsverständnisses, wonach das formelle Gesetz bloss die Schranke des möglichen Eingriffes in die Freiheitssphäre des Einzelnen bestimmte, zu erklären (178).

Darüber hinaus ist auch der von der herrschenden Meinung als Ersatzlösung angewandte Gleichheitsgrundsatz - wie Rupp nachgewiesen hat (179) - ungeeignet, eine rechtliche Bindung der Steuerverwaltung zu bewirken. Da aber die von der h. M. (180) der Verwaltung mittelbar, nämlich einer im Wege faktischer Übung durch den Gleichheitssatz implizierten Rechtsbindung, zugeschriebene Rechtserzeugung, eine rechtsstaats- und grundgesetzwidrige Umgehung des verbotes von einer eigenen gesetzesunabhängigen Normsetzung der Verwaltung (181) darstellt, bleibt nur der Weg der normativen Erfassung des dem Billigkeitsgedanken zu unterwerfenden Regelungsgegenstandes. Dies ist mit § 131 AO geschehen. § 131 AO wird also, falls man den Billigkeitserlass der gewährenden Verwaltung hinzurechnet, auch dem neueren rechtswissenschaftlichen Verständnis vom Vorbehaltssatz gerecht, wonach die Verwaltung auch im gewährenden Bereich einer gesetzlichen Legitimation bedarf.

(178) Rupp, Grundfragen S. 105 ff.

(179) aaO. S. 118 - 121

(180) BVerwG NJW 59, 1843 m.w.N.

(181) vgl. Art. 30 GG

bb) Rechtliche Qualifizierung des Billigkeitserlasses

1 Rechtsnatur des Billigkeitserlasses

Der Steuererlass ist ein rechtsgestaltender (182) begünstigender VA. Dagegen ist der Steuererlass kein Verzichtungsvertrag, der gegenseitiges Einverständnis voraussetzt. Der Steuererlass enthält einen einseitigen Verzicht auf eine Steuerforderung und ist Rechtsgrund des Erlöschens der Steuerschuld (183). Dagegen ist die steuerliche Niederschlagungsverfügung gem. § 130 AO eine innerdienstliche Verwaltungsmassnahme, welche den Steueranspruch nicht zum Erlöschen bringt (184). Eine vorschriftswidrige Bekanntgabe einer solchen Niederschlagungsverfügung kann aber dann einen ähnlichen Rechtszustand bewirken wie beim Steuererlass, wenn der Steuerpflichtige mit Rücksicht auf Treu und Glauben die Verfügung als einen Erlass ansehen durfte und im Vertrauen darauf rechtliche und wirtschaftliche Dispositionen getroffen hat (185).

Der Steuererlass als Massnahme der Steuererhebung

Nach Riewald (186) erlischt durch den Erlass die Steuerzahlungsschuld. Die Steuerschuld selbst bleibt dagegen bestehen.

(182) Niemann VJSchr. 1930 S. 205

(183) Barske, Abgabenordnung S. 45; Hensel Steuerrecht 3. Auflage 1933 S. 104; v. Wallis in Hübschmann, Hepp, Spitaler, v. Wallis, Lademann, Hartung, Komm. zur Abgabenordnung § 131 Anm. 14; Messmer in Mattern-Messmer § 131 Tz. 905

(184) Mattern Stb 59, 276

(185) vgl. die verwaltungsrechtlichen Grundsätze über die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden VA; Mattern Stb 1959, 271, 276

(186) Becker - Riewald - Koch Komm. zur AO § 131 Anm. 2d

Riewald unterscheidet nämlich zwischen Steuerzahlungsschuld und Steuerschuld und hält es für die rechtliche Bewertung eines Erlasses als entscheidend, ob die Verwaltung mit ihrem Erlass die Steuerzahlungsschuld oder die Steuerschuld erlassen will (187). Der Begriff einer von der Steuerschuld zu unterscheidenden Steuerzahlungsschuld findet jedoch im Gesetz keine ausreichende Grundlage (188). Die Reichsabgabenordnung unterscheidet nur die Begriffe Steuerschuld und Steuerschuldner, eine Steuerzahlungsschuld ist ihr dagegen fremd. Die Steuerschuld entsteht, sobald der Tatbestand erfüllt ist, an den das Gesetz die Zahlungspflicht knüpft (189). Der wesentliche Inhalt der Steuerschuld ist aber die Bezahlung der geschuldeten Summe. Eine klare Abgrenzung zwischen Steuerschuld und Steuerzahlungsschuld scheint schon deshalb nicht möglich zu sein, da sich beide Begriffe ihrem Gehalt nach decken (190). Die verwirrende (191) Unterscheidung ist deshalb abzulehnen.

Problematisch ist, ob Gegenstand des Steuererlasses nach § 131 I Satz 1 AO nur die durch die Steuerfestsetzung (Veranlagung) konkretisierte, der Höhe nach bestimmte und fällige Steuerschuld ist, oder ob der Erlass gem. § 131 I Satz 1 auch schon vor Festsetzung der Steuer auszusprechen ist (192). Nach einer Ansicht (193) ist der Erlass von Steuern nach Absatz I Satz 1 eine reine Hebungsmassnahme und setzt daher eine vorherige Konkretisierung der Schuld durch Festsetzung oder in sonstiger Weise voraus.

(187) Riewald aaO. Vor § 97 AO, 1 e

(188) BFH BStBl. 60, 180

(189) § 3 III StAnpG

(190) Aus einem Vertrag nach § 433 BGB folgt gleichfalls keine von der Kaufpreisschuld zu trennende Kaufpreiszahlungsschuld

(191) Bühler Steuerrecht 2. Auflage § 19 II

(192) RFH RStBl. 31, 735

(193) Wittneben in Mattern-Wittneben aaO. S. 42; Messmer in Mattern-Messmer § 131 Anm. 880

Diese Ansicht wird mit einem argumentum e contrario aus Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. begründet, wonach nur bei Besitz- und Verkehrsteuern die Steuer niedriger festgesetzt werden darf, ebenso aus Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. Dieser Schluss ist jedoch bereits logisch fehlerhaft (194), denn es fehlt jeder einen Umkehrschluss erst erlaubende Nachweis über den ausschliessenden Charakter des § 131 I Satz 2 AO, vielmehr wird dieser ausschliessende Charakter unterstellt. Aus § 131 I Satz 2 AO ist jedoch nur dann ein argumentum e contrario zulässig, wenn die in dieser Norm bestimmte Rechtsfolge vom Gesetzgeber ersichtlich auf den in § 131 I Satz 2 AO festgelegten Tatbestand beschränkt bleiben soll. Dies ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Aus dem sprachlichen Aufbau der Bestimmung des § 131 I AC, der im Satz 1 die Unbilligkeit der Einziehung zur Voraussetzung eines jeden Steuererlasses macht und somit einen Grundtatbestand darstellt, sowie dem Wortlaut des § 131 I Satz 2 ("die Befugnis zum Steuererlass umfasst bei Besitz- und Verkehrsteuern auch das Recht ...") ergibt sich jedoch, dass die in § 131 I Satz 2 bestimmte Rechtsfolge keinen ausschliesslichen Charakter besitzt, demnach eine Analogie statthaft ist (195).

Ein Erlass ist demnach auch schon vor Festsetzung der Steuer zulässig, ja sogar bevor der Steueranspruch entstanden ist (196). Der Steuererlass ist demnach keine reine Steuererhebungsmassnahme.

(194) Klug Juristische Logik 3. Aufl. S. 124 ff.

(195) Baumgarten, Grundzüge der jur. Methodenlehre S. 39

(196) BVerwG Bd. 8, 329; BFH BStBl. 55 III, 92; Mattern FR 1953 S. 240, Tipke-Kruse § 131 Anm. 15c; wird jedoch der Erlass vor Entstehung des Steueranspruches ausgesprochen, dann ist die Entstehung des Steueranspruches aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit des ausgesprochenen Erlasses, Schröter ZfZ 1953 S. 356, 357; BFH BStBl. III 55, 92

d.) Ergebnis

Da als zentrale Voraussetzung für einen Steuererlass der Begriff "unbillig" in § 131 AO normiert wurde, ist die gesamte aufgezeigte, vorwiegend verfassungsrechtliche Problematik in dieser Voraussetzung konzentriert. Schon die historische Entwicklung (197) hat den engen Zusammenhang mit dem jeweiligen Verfassungsrecht aufgezeigt. Auch bei der Auslegung des § 131 AO im Rahmen des staatlichen Innenverhältnisses (198), das heisst vorwiegend im Verhältnis Legislative und Exekutive, wird deutlich, dass das neue rechtsstaatliche Gesetzesverständnis und der diesem Verständnis vorgelagerte pluralistische Staatsbegriff Auswirkungen auf die Auslegung des Begriffes "unbillig" haben müssen. Hierbei ist besonders auf die mit dem rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff verbundene Forderung nach Rechtsgleichheit zu achten. Nicht zuletzt muss auch das neue Verständnis vom Aussehenverhältnis Staat - Bürger und der Ausfluss dieser neuen Sicht im Steuerrecht (199) die rechtliche Konkretisierung des Begriffes "unbillig" beeinflussen. Fraglich erscheint insoweit insbesondere, inwieweit die mitverantwortliche inkorporierte Stellung des einzelnen Bürgers in einem demokratischen Staatswesen in dem Gedanken der Billigkeit sichtbar gemacht werden kann.

4.) Der konkrete rechtswissenschaftliche Gehalt des Begriffes "unbillig"

a.) Darstellung der grundsätzlichen Problematik

aa) Der Begriff "unbillig" als positiver Rechtsbegriff?

Zunächst gilt es, Klarstellung in der Hinsicht zu schaffen, dass nämlich für die Lösung der hier gestellten Frage, das heisst für die Herausarbeitung des rechtswissenschaftlichen Gehaltes des Begriffes "unbillig", der Rechtsgehalt des Begriffes zu erforschen ist.

(197) vgl. 3 a)

(198) vgl. 3 b)

(199) vgl. 3 c)

Insbesondere darf nicht anstelle des rechtlichen Gehaltes ein ausserrechtlicher Wert zur Klärung der Frage herangezogen werden, da sich ein solcher ausserrechtlicher Wert der hier gestellten Aufgabe, nämlich der rechtlichen Präzisierung gerade entziehen würde. Es sind also von vornherein alle ausserrechtlichen Werte, wie Caritas oder soziale Wohlfahrt, von der hier gestellten Aufgabe ausgeschlossen (200).

Es entspricht einem vorherrschenden Zug unserer Zeit, dass dem Gedanken der Einzelfallgerechtigkeit der Vorrang vor dem der Allgemeingültigkeit eingeräumt wird, was aus dem allgemeinen Vordringen von Einzelgesetzen, richterlichem Fallrecht und Härteklauseln deutlich wird. Jedoch ist die rechtswissenschaftliche Problematik solcher eine gerechte Entscheidung im Einzelfall ermöglichenden Härteklauseln längst bekannt. Spätestens seit Hedemann (201) wird von einer Flucht des Gesetzgebers in die Generalklauseln und einem Heraufdämmern byzantinischer Rechtswirklichkeit gesprochen. Ähnliche Gedanken wurden in Frankreich erstmals von Ripert (202) ausgesprochen. Hier droht die Gefahr der Rechtsverweichung und Rechtsverwässerung (203) durch willkürlich angewandte Billigkeit und den Forderungen politischer Interessen.

Nicht zuletzt wird in solchen Generalklauseln eine Krise der legitimierenden Kraft des demokratischen Gemeinwillens deutlich, da nämlich der Gesetzgeber den Entscheidungen auszuweichen versucht, und mit dem Mittel der Härte- und Generalklauseln die Verantwortung den Gerichten aufbürdet (204). Von anderer Seite wird dagegen die eine Rechtsfortbildung ermöglichende Wirkung solcher Generalklauseln gerühmt.

(200) Wieacker § 242 S. 7

(201) Die Flucht in die Generalklauseln 1933

(202) la règle morale dans les obligations civiles 4. Aufl. 1949

(203) Boehmer II 2 99

(204) vgl. hierzu § 242 Wieacker S. 1 - 14

Danach wird dem Richter in den Generalklauseln die Normgestaltung "unter dem Gesichtspunkt nicht kodifizierter Wertprinzipien und mit der (nur von den Gerichten selbst kontrollierten) Bindung an aussergesetzliche, aber doch objektive, also konventionelle Maßstäbe von wechselnder empirischer Basis und Dichte" (205) überlassen. Diese Klauseln stellen also "kein materielles Regelrecht des Gesetzgebers dar, sondern starting points oder Aufhänger für die konkrete richterliche Normbildung". Auf der Seite der Verfechter der Generalklauseln wird die Klausel oft als der "Königliche Paragraph" gepriesen, "nicht ohne stolze Hinblicke auf den römischen Prätor oder den englischen Richter, nicht ohne Mitschwingen interessenjuristischer Wünsche und freirechtlicher Begehrlichkeiten" (206).

fraglich erscheint, was sich unter Zugrundelegung dieses Streites für die Auslegung und Konkretisierung der Härteklausel "unbillig" ergibt. Insbesondere erscheint eine ablehnende Haltung gegenüber der Anwendung solcher Klauseln zu einer restriktiven Auslegung, und eine positive bejahende Einstellung zu einer extensiven Auslegung zu zwingen. Wie aber Wieacker nachgewiesen hat (207), kann der Gegensatz zwischen beiden Ansichten nicht gelöst werden, wenn man die die Klausel formenden Begriffe als positive Rechtsbegriffe begreift, denn der Widerspruch von Einzelfallgerechtigkeit und Allgemeingültigkeit ist eine unausweisliche Antinomie des Rechtsbegriffes selbst. Denn beide Meinungen stimmen darin überein, dass die Generalklausel aus positiven Rechtsbegriffen besteht und dass sich aus der aus solchen Rechtsbegriffen positiv geformten Rechtsform der Gesetzesbefehl an den Richter, d. h. allgemein an den Rechtsanwendenden ergibt, dass folglich bei der Verweisung auf den Rechtsbegriff "unbillig" vom Rechtsanwender einfach durch Subsumtion logische Urteile zu vollziehen wären.

(205) Esser, Grundsatz und Norm S. 151

(206) Wieacker § 242 S. 8

(207) aaO. S. 10 - 11

Eine solche "Norm unterschiede sich danach von anderen positiven Rechtsgeboten nur durch zwei Merkmale: einmal durch ihre unbestimmte Fassung (eben als Härte- und Generalklausel) und zum anderen durch Verweisung nicht auf positivierte, sondern auf ausserrechtliche soziale Gebote oder Maßstäbe ("unbillig"). Es liegt auf der Hand, dass dieser Betrachtungsweise das bekannte Rechtsbild des Gesetzespositivismus zugrunde liegt, der die geschriebene Rechtsordnung für lückenlos hält und die Rechtsanwendung auf den kognitiven Akt der Subsumtion von Sachverhalten unter das hypothetische Urteil beschränkt, das in jeder Rechtsnorm enthalten ist. Auch die Generalklausel erscheint hier immer noch als vorweggenommenes (hypothetisches) Urteil, also als ein starrer Vorentwurf des Gesetzgebers" (208). Ein solches positivistisches Verständnis vom Rechtsbegriff ist jedoch von den verschiedensten Seiten aus einer Kritik zu unterwerfen.

2. Kritik des positivistischen Rechtsbegriffes durch die Freirechtsbewegung

Nach der Grunderkenntnis der Freirechtsbewegung wird Recht nicht in einem von logischen Schlüssen geleiteten Subsumtionsakt angewendet, sondern in einem Akt schöpferischer Entscheidung geschaffen. Durch die positiven Rechtsbegriffe wird nicht unmittelbar geltendes Recht geschaffen, sondern solche Begriffe bereiten die Rechtsschöpfung nur vor (209). Die Lösung eines Rechtsproblems wird demnach nicht durch Anwendung festumrissener Begriffe und Normen vollzogen, sondern durch eine persönliche Leistung des Rechtsanwenders geschaffen (210).

(208) Wieacker aaO.

(209) Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt S. 45

(210) Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft S. 5; vgl. auch Max Rumpf, Gesetz und Richter 1906

Der Subsumtionsvorgang ist nach dieser Erkenntnis kein rein kognitiver Akt, sondern vorwiegend ein Erzeugnis des Willens, indem durch konkrete volitative Entscheidung festgestellt wird, was im konkreten Fall Recht ist (211). Die Beurteilung eines Rechtsfalles stellt an den Rechtswissenschaftler höhere Anforderungen als bloße logische Deduktion (212).

Bestätigung der freirechtlichen Kritik am positiven Rechtsbegriff durch die Interessenjurisprudenz

Auch die Interessenrechtler, vgl. vorwiegend

Heinrich Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in Festschrift für Heck, Rümelin und A. B. Schmidt 1931, 60

Philipp Heck Das Problem der Rechtsgewinnung 1912
Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz AcP 112 S. 1
Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz 1932
Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft AcP 122, 173
Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner 142, 129, 297

Rudolf Müller-Erbach Festschrift Reichsgericht Bd. I S. 161;
Wohin führt die Interessenjurisprudenz? 1932
Die Hinwendung der Rechtswissenschaft zum Leben 1939
Die Rechtswissenschaft im Umbau 1950,

bekämpfen das positive Verständnis vom Rechtsbegriff durch die Begriffsjurisprudenz.

(211) Hermann Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft; Aus der Vorgeschichte der Freirechtsbewegung 1925; Rechtswissenschaft und Soziologie 1911; Zur Lehre vom richtigen Recht 1909; vgl. auch Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Band 19; Ernst Fuchs, Herausgabe seiner Schriften von Foulkes 1965 unter dem Titel "Gerechtigkeitswissenschaft".

(212) Hermann Isay, Rechtsnorm und Entscheidung 1929 S. 56

Insbesondere die Begrenzung der Aufgaben des Rechtsanwenders auf die logische Unterordnung des Sachverhaltes unter die Rechtsnorm und das Verständnis von der Rechtsordnung als einem geschlossenen System normativer Begriffe wurde zum vorrangigen Ziel interessenrechtlicher Kritik (213).

Ebenso wie die Freirechtler kritisieren auch die Interessenjuristen das vom positiven Rechtsbegriff geprägte Bild vom Rechtsanwender als einem blossen Subsumtionsautomaten. Die Lösung eines Rechtsstreites ist auch ihnen kein blosser kognitiver Subsumtionsvorgang, beschränkt sich also nicht nur auf den Vollzug einer logischen Schlussfigur, sondern stellt sich als eigenschöpferische, von volitativen Elementen geprägte Interpretation dar.

/ Verfestigung der Ablehnung des positiven Rechtsbegriffes durch rechtssoziologische Erkenntnisse

Das positive Verständnis vom Rechtsbegriff und das hiermit im Zusammenhang stehende Postulat vom durch logische Schlüsse geprägten Subsumtionsvorgang unterliegt auch vom Ausgangspunkt einer vorwiegend empirischen Rechtsbetrachtung gewissen Schwächen. So verschliesst sich vor allem eine am Begriff festhaftende Rechtsbetrachtung der Erkenntnis, dass das bestehende Recht auch von den der Rechtsordnung zugrundeliegenden Tatsachen geprägt wird. Diese bestehenden Einwirkungen der sozialen Wirklichkeit auf das gesetzte Recht wurden bei uns lange Zeit von einer engen, vom Monopol der politischen Legislative ausgehenden Rechtsquellenlehre geleugnet (214).

(213) vgl. auch schon die Wandlung von Rudolph von Jhering, dargestellt bei Larenz Methodenlehre S. 44 - 50

(214) Esser, Grundsatz und Norm S. 18

Erst die rechtssoziologischen Erkenntnisse von Eugen Ehrlich haben auch im kontinentalen Rechtsbereich die Entwicklung einer aus der common-law-Theorie stammenden soziologischen "analytical school" ermöglicht (215). Auch nach dem von der Rechtssoziologie vertretenen empirischen Verständnis von den Rechtswissenschaften ist abstrakte Begriffsbildung und logische Subsumtion nicht das Hauptmerkmal der Rechtswissenschaft. Denn das Recht als die wirkliche Ordnung einer Gesellschaft besteht vorwiegend aus dem faktischen Verhalten der Gesellschaftsmitglieder, nicht aber aus der Anwendung vorgeformter Norm durch die Juristen.

Nach Auffassung Ehrlichs (216) bildet die Rechtswissenschaft erst nachträglich den Rechtssatz "aufgrund der Wahrnehmung der Tatsachen des Rechtslebens und der Verallgemeinerung der Ergebnisse dieser Wahrnehmung". Die Rechtssoziologie als empirische Methode der Rechtswissenschaft verfährt also genau umgekehrt als die vom Subsumtionsgedanken geprägte Begriffsjudiz. Nicht die durch Subsumtion nachvollzogene Anwendung der Norm und der positiven Begriffe prägen die Rechtswirklichkeit, sondern umgekehrt bildet die faktische gesellschaftliche Ordnung auch die wirkliche Rechtsordnung und nur in Wahrhabung dieser faktischen Rechtsordnung werden die Rechtssätze geprägt und aus dieser heraus verständlich. Diese rechtssoziologische Auffassung vom Rechtsbegriff mag den verschiedensten Bedenken unterliegen (217). Fest steht jedoch, dass der faktische Einfluss der sozialen Wirklichkeit auf die Formung der Rechtsordnung und die Prägung der einzelnen Rechtsbegriffe nicht geleugnet werden kann und sich somit das positive, nach blossen Syllogismus strebende Verständnis vom Rechtsbegriff auch von einer empirischen Betrachtung der Rechtswirklichkeit her nicht halten lässt.

(215) vgl. Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts 1913

(216) aaO. S. 289

(217) Larenz Methodenlehre S. 69; Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie § 34 III 1

Endgültige Überwindung des positiven Gesetzes-
verständnisses durch rechtsphilosophische und
rechtsmethodische Erkenntnisse der Neuzeit

'Vom Neukantianismus befruchtetes Rechtsdenken

Ausgehend von Kants Erkenntnistheorie bestimmt Stammler (218) die Rechtswissenschaft als Verbindung einzelner Bewusstseinsinhalte untereinander in einer allgemein-gültigen Weise des Denkens. Grundposition seiner "Theorie der Rechtswissenschaft" ist die Kant'sche Trennung der Form des denkenden Bewusstseins von dem durch solche Form zu ordnenden Stoff, was für den rechtswissenschaftlichen Bereich die Unterscheidung der Formen des rechtlichen Denkens von dem wechselnden und veränderlichen, faktischen, sozialen Stoff bedeutet (219). Fussend auf dieser Unterscheidung ist das rechtswissenschaftliche Denken nach Stammler im Gegensatz zum "Wahrnehmen" durch ein "Wollen" gekennzeichnet, es ordnet nämlich die soziale Wirklichkeit nach Zweck und Mittel. Die Rechtswissenschaft ist danach eine Zweckwissenschaft. Dieses Setzen von Zwecken darf aber nicht als eine Tätigkeit, sondern nur als bestimmte Denkweise, nämlich als "verbindendes Wollen" begriffen werden.

Die Tätigkeit des Rechtsanwenders ist als schöpferische zu verstehen, da sie unter der Anforderung der Richtigkeit des Rechtes steht (220).

- (218) Rudolph Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, Lehre vom richtigen Rechte
- (219) Die Formen des rechtlichen Denkens sind für Stammler im Sinne Kant'scher Terminologie Prinzipien a priori, wohingegen der Stoff niemals für sich allein dem Denkenden bewusst werden kann. Das Verständnis dieser Unterscheidung setzt den "Stoff an sich" als weiteren Grundbegriff voraus. Zum ganzen vgl. Erich Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie.
- (220) Dieser Begriff von der Richtigkeit des Rechts darf nicht mit einem Ideal gleichgesetzt werden, sondern ist nur ein Maßstab zur Beurteilung des Rechtes.

Besonders deutlich tritt der schöpferische Charakter der Rechtsanwendung bei der Handhabung "ungeformten Rechtes" hervor. Solches "ungeformte Recht" besteht vorwiegend bei General- und Harteklauseln wie unbillig, billiges Ermessen und gute Sitten. Hier wird vom Gesetzgeber nur das "grundsätzlich Richtige" angegeben, wohingegen im konkreten zur Entscheidung stehenden Fall der Rechtsanwender in einem schöpferischen Akt die "passende" Regel jeweils gemäss dem Gedanken der "Richtigkeit" eines rechtlichen Wollens "auszuwählen" hat. In der Erkenntnis eines solchen "auszuwählenden Rechtes" erweist sich ein positives Verständnis festumrissener Rechtsbegriffe als überholt.

Der Begründer und Hauptvertreter des Neukantianismus, Heinrich Rickert (221), hat die Jurisprudenz als Wissenschaft neu begründet. Im Gefolge der Erkenntnistheorie Kants, wonach die Gegenstände unserer Erkenntnis im Bewusstsein erst nach einer Vorprägung der Strukturen unseres Denkens deutlich werden, der "Gegenstand an sich" aber menschlicher Erkenntnis unzugänglich ist, stellt Rickert fest, dass die "Welt der Natur" nicht "an sich", sondern immer erst nach einer Bearbeitung und Umformung durch das menschliche Denken bewusst erfasst werden kann. Die Naturwissenschaften sind das Ergebnis eines solch umformenden Erkenntnisverfahrens, wobei dieses Verfahren im wesentlichen durch die Berücksichtigung der gleichförmigen Wiederkehr eines Allgemeinen gekennzeichnet ist. Die Rechtswissenschaft als historische Wissenschaft befasst sich demgegenüber mit der Welt als einer Fülle von individuellen Erscheinungen und Ereignissen. Aus der grossen Fülle des Individuellen trifft die Rechtswissenschaft eine Auswahl unter den Gesichtspunkten irgend eines als bedeutsam erachteten Wertes, wobei der Wert ein erkenntnistheoretisches a priori der Rechtswissenschaften ist.

(221) vgl. Rickert, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung

Von diesem Ausgangspunkt aus muss die rechtswissenschaftliche Methode notwendig wertbezogen und der juristische Begriff demnach wertgeprägt sein (222). Rickerts Gedankengänge für das Gebiet rechtsmethodischen Denkens ausgeformt zu haben, ist das Verdienst Radbruchs (223). Nach Radbruch ist die Wirklichkeit "an sich" wertfrei und ohne Sinnbezug gegeben; erst das wertende Denken der Rechtswissenschaft ordnet die Wirklichkeit nach Wert oder Unwert. Höchster für die Rechtswissenschaft zu verwirklichender Wert ist die Gerechtigkeit. Ein solches an Rechts-Werten orientiertes Denken kann aber offensichtlich nicht in blossen Nachvollziehen bestehen. Der Rechtswert wird nicht durch logische Subsumtion vollzogen, sondern die Auslegung hat den Rechtswert eines Rechtsbegriffes zu entfalten und für die Rechtswirklichkeit existent zu machen. Die Auslegung eines Rechtsbegriffes ist daher ein Vorgang erkennender und schöpferischer Art. Dies muss natürlich besonders für Rechtsbegriffe gelten, bei welchen der innewohnende Rechtswert vom Gesetzgeber nicht präzise festgelegt ist, sondern erst im konkreten Rechtsanwendungsakt verwirklicht wird, wie dies bei Härte- und Generalklauseln der Fall ist.

Phänomenologische Rechtstheorie

Nach phänomenologischer Erkenntnistheorie ist die im Bewusstsein deutlich werdende Wirklichkeit nicht das Ergebnis eines Erkenntnisprozesses, welcher mittels der in der Struktur des Denkens gelegenen apriorischen Formen den Stoff, d. h. die "Wirklichkeit an sich" umformt, sondern kann als gestalthaftes und differenziertes Sein dem erkennenden Bewusstsein deutlich werden.

(222) Last, Festschrift für Kuno Fischer Bd. 2
"Rechtsphilosophie"

(223) vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie

"Die wissenschaftlichen Begriffe sind nicht verschiedenartige Umformungen eines identischen wertfreien Materials, sondern Reproduktionen von Teilstücken eines komplexen ontischen Seins, das die gesetzlichen Strukturen und die Wertdifferenzen immanent in sich trägt und nicht erst von der Wissenschaft herangetragen bekommt" (224). Die Gebilde der Rechtswissenschaft haben danach ein eigenes apriorisches Sein, welches unabhängig von rechtlicher Positivierung ist (225).

Das positive Recht wird vielmehr erst durch die eigene Struktur der ausserpositiv-rechtlichen Sphäre verständlich (226), da diese Struktur eine dem positiven Recht notwendigerweise vorgelagerte Vorgegebenheit ist. Die Erkenntnis eines solchen materialen Apriori im Recht hat für die Anwendung des positiven Rechtes folgende Bedeutung: Da die Gebilde des positiven Rechtes Verwirklichungen und Besonderungen apriorisch vorgezeichneter Möglichkeiten sind (227), kann die Auslegung der positiven Rechtsbegriffe nicht von dem apriorisch Vorgegebenen willkürlich abweichen, vielmehr muss mittels der phänomenologischen Wesensanalyse auf den inneren Sinneskern der positiven Begriffe zurückgegriffen werden. Dass sich die Forderung nach einer phänomenologischen Wesensanalyse nicht mit dem Gedanken des von blosser logischer Subsumtion geleiteten Rechtsanwenders verträgt, liegt auf der Hand.

Die Haltung des Neuhegelianismus

Schon Binder (228), dessen Denken noch vorwiegend im Neukantianismus verhaftet war und erst in seinen letzten Schaffensjahren Hegel'sches Gedankengut aufnahm, wendet sich deutlich gegen das Verständnis von Rechtsanwendung als einer blossen mechanischen Subsumtion.

- (224) Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht S. 49
- (225) Reinach zur Phänomenologie des Rechts 1953
- (226) Reinach aaO. S. 19
- (227) Gerhart Husserl, Der Rechtsgegenstand 1933
- (228) vgl. Julius Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht 1912; Rechtsbegriff und Rechtsidee 1915

Rechtsanwendung sei nicht nur formal-logische Operation, sondern ihrem Wesen nach schöpferische Tätigkeit. In diesem Sinne begriff Schönfeld (229) das Verhältnis von Gesetz und Gesetzesanwendung als ein dialektisches. Das Recht wird wirklich erst in seiner Anwendung, das Gesetz also Recht erst durch seine aktuelle Verwirklichung im konkreten Fall.

Larenz schliesslich griff vollends auf Hegel'sches Gedankengut zurück (230) und führte in das Rechtsdenken Hegels Idee vom "konkret-allgemeinen Begriff" wieder ein. Dieser Begriff stellt sich nicht etwa infolge Abstraktionen inhaltsarm dar, sondern bewahrt in sich die Fülle des Konkreten und des Sinnes. Daraus folgt, dass "auch beim konkret-allgemeinen Begriff nicht von einer Subsumtion gesprochen werden kann - einmal, weil der konkrete Begriff nicht durch feste, einzeln feststellbare Merkmale definiert ist, also wegen seiner dialektischen Natur, zum anderen, weil er zugleich immanentes Mass der Einzelercheinung ist, die ihm nur mehr oder weniger zu entsprechen braucht, d. h. wegen seines teleologischen Charakters" (231).

Topische Methode

Nach Theodor Viehweg (232) kann die Rechtsanwendung nur topisch, nicht aber deduktiv - systematisch verfahren, das heisst der Rechtsanwender muss sich bei der Lösung eines Streitiges vorwiegend an allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten orientieren. Topische Jurisprudenz ist für Viehweg ein "besonderes Verfahren der Problemerkörterung", das durch die Verwendung allgemeiner, immer wiederkehrender Gesichtspunkte gekennzeichnet ist.

(229) Der Traum des positiven Rechts AcP 135, 1 ff.

(230) vgl. Larenz Methodenlehre S. 473

(231) Larenz aaO. S. 480

(232) Topik und Jurisprudenz 1. Auflage 1953

Diese allgemeinen Gesichtspunkte sind die "Topoi" juristischen Problemdenkens. Im Gegensatz zum Verständnis der Rechtsordnung als einer formal-logischen Einheit, in der aus wenigen Axiomen alle Einzelsätze syllogistisch abgeleitet werden können, begreift Viehweg die Rechtswirklichkeit als die Fülle der gesamten Fallentscheidungen, die unter Berücksichtigung bestimmter Vergleichspunkte und Fragestellungen, der sog. juristischen Topoi zustande kamen. Die Topoi sind also Maßstäbe des Abwägens und der Erörterung des konkreten zu entscheidenden Falles.

Im Vergleich der Problematik des konkreten Falles mit derjenigen anderer Fallgruppen bilden die juristischen Topoi die den Verständnisszusammenhang ermöglichenden Vergleichsmaßstäbe. Nicht deduktiv-systematisches Denken, welches vorwiegend am abstrakten Begriff orientiert ist, ist die tragende Grundlage einer Fallentscheidung, sondern die am konkreten Fall im Zusammenhang mit anderen Fällen entwickelten Topoi juristischen Argumentierens.

Nach Darstellung dieser wichtigsten (233) rechtsmethodischen und rechtsphilosophischen Erkenntnisse kann die wohl noch überwiegende Auffassung, dass eine durch positive Begriffe ausgeformte Rechtsordnung vom Rechtsanwender nur durch logische Subsumtion auf den konkreten Fall angewandt werden könne, nicht mehr aufrechterhalten werden. Die Entscheidung, ob die Einziehung von Steuern unbillig ist, kann demnach nicht durch den Vollzug eines logischen Schlusses, nicht durch ein analytisches Urteil getätigt werden, sondern erfordert vom Rechtsanwender eine interpretative Entscheidung, in welcher sich kognitiv logische mit volitativen Elementen vermengen.

- (233) Eine präzise Darstellung aller in der Rechtstheorie im letzten Jahrhundert ausgeformten Ansichten und Lehren der Rechtsmethodik und der diese bedingenden Rechtsphilosophie würde den Rahmen der hier vorliegenden Aufgabenstellung sprengen. Vgl. hierzu etwa Karl Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit 1953

Interpretation bedeutet aber Wahl zwischen verschiedenen möglichen Bewertungen. Problematisch für die Interpretation des Begriffes "unbillig" ist demnach, an welchen Prinzipien sich die Interpretation orientieren soll.

bb) Bestätigung der Ablehnung vom Subsumtionsdogma durch den Niedergang der Kodifikationsidee

Die Abgabenordnung ist ein kodifizierter Teil des meistens unkodifizierten Verwaltungsrechts. Sie enthält insoweit eine erschöpfende Regelung der allgemeinen Vorschriften des für die Finanzbehörden täglich anzuwendenden Rechts. Eine solche zusammengefasste Normierung hat den Vorteil einer übersichtlichen Vereinigung, was einer vom Rechtsstaatsgedanken geforderten Gleichmassigkeit und Voraussehbarkeit auch für das Steuerrecht entgegenkommt (234). Der in § 131 AO geregelte Billigkeitserlass ist Bestandteil des kodifizierten Rechtes.

Es entspricht jedoch moderner Einsicht in das Wesen der Rechtsetzung, dass eine Kodifikation den Inhalt des zu regelnden Gebietes nicht erschöpfend bestimmen kann, dass sie vielmehr nur einen "Markstein" (235) zu setzen vermag. Die Einsicht in die Unzulänglichkeit von Kodifikation hat in Deutschland (236) eine alte Tradition, die besonders den Freirechtlern und den Interessenjuristen verhaftet ist. Heute findet der Totalitätsgedanke der Kodifikationsidee kaum noch Anhänger, da der Anspruch des Kodifikationsgedankens, auf jeden möglichen Rechtsstreit eine Lösung anzubieten, welche mittels syllogistischer Subsumtion und ähnlicher logischer Denkopoperationen aus dem kodifizierten System erschlossen werden kann, aus den verschiedensten Gründen nicht aufrechterhalten werden kann.

(234) Kruse, Steuerrecht I S. 5

(235) Larenz S. 176 f. aaO.

(236) und dies nicht nur in Deutschland; vgl. für Frankreich die Interpretationslehre von Gény und Saleilles; den Begriff von der fonction sociale bei Duguit und den Begriff der institution bei Hauriou; hierzu vgl. besonders Esser, Grundsatz und Norm 1. Teil

Die Unzulänglichkeit der axiomatisch-deduktiven Methode

Mit der Frage, ob das Ideal der axiomatisch-deduktiven Methode in der Rechtswissenschaft aufrechterhalten werden kann, ob also ein logisch geschlossenes System solcher Begriffe, die untereinander in einem Ableitungszusammenhang im Sinne formaler Logik stehen, verwirklicht werden kann, hat sich eingehend Karl Engisch in einem Aufsatz über Sinn und Tragweite juristischer Systematik befasst (237). Begriffe und Sätze der Rechtswissenschaft nach Art der Mathematik in einen einheitlichen Definitions- und Begründungszusammenhang zu bringen, setzt zunächst das Auffinden einer feststehenden Anzahl von Grundbegriffen des Rechtes voraus, die miteinander im Einklang stehen und von welchen aus die Deduktion fortschreiten kann.

Engisch hat nun dargelegt, dass dieses Aufsuchen der juristischen Axiome, d. h. der Grundbegriffe nur nach zwei verschiedenen Methoden möglich ist. Zum einen, indem man mit Stammler Kategorien des Rechts als "gleichmässige, formale Arten einheitlichen Ordnen" der Masse rechtlicher Einzelercheinungen aufsucht. Dann aber erhält man nur rein formale Begriffe, die keine Aussage über den Inhalt irgend eines Rechtssatzes ermöglichen. Das Aufsuchen solcher Stammler'scher Kategorien des Rechts führt also nicht hinaus über eine "methodische Weise des ordnenden Bestimmens", also über rein juristische Ordnungsformen, denen jeglicher Inhalt abgeht.

Zum anderen, indem man "vom historischen Bestand einer Wissenschaft" ausgeht, um durch "logische Analyse der darin enthaltenen Begriffe, Methoden und Beweise die zu ihrer Begründung erforderlichen Prinzipien aufzusuchen und aus ihnen die Wissenschaft deduktiv herzuleiten".

(237) vgl. Studiengenerale Bd. 16 (1957) S. 173 ff.

Dann aber gelangt man nur auf Letzte, dem natürlich-sozialen Weltbild zugehörige, empirische Vorstellungselemente, die keine in sich abgeschlossene Gruppierung ermöglichen, sondern so vielfältig und different sind, wie die Erscheinungen der sozialen Wirklichkeit.

Das Aufsuchen juristischer Axiome, von welchen die weiteren Rechtsbegriffe deduziert werden können, ist nach diesen Erkenntnissen nicht möglich.

Darüber hinaus wirft die Deduktion selbst erhebliche Fragen auf, denn bei der Deduktion vom allgemeineren zum spezielleren Begriff bildet die juristische Deduktion nur ein Gedankengerüst, wohingegen die vergleichbare mathematische Deduktion schon als solche die Wissenschaft darstellt. Denn bei jedem neuen Rechtsbegriff "dringt sich neuer Stoff an", der sich nicht aus der vorherigen Begriffsbestimmung ergibt, was notwendig dazu führt, dass durch die Fülle der bei den einzelnen logischen Schritten zu bewältigenden Materie das rein Deduktive hinter notwendige Erkenntnisakte zurücktritt.

Des weiteren ist das Verhältnis der verschiedenen Grundbegriffe zueinander nicht einzig mittels logisch-deduktiver Denkopoperationen zu bestimmen. "Auch hier drängt sich in die Deduktion zusätzliche materielle Erkenntnis ein. Man kann jetzt auch so sagen: Die rechtlichen Grundsätze, aus denen scheinbar deduziert wird, werden durch andere Rechtsgrundsätze durchkreuzt und eingeschränkt, so dass kein einfaches Ableiten mehr möglich ist, sondern Entscheidungen hinzutreten müssen, die darüber befinden, welcher Grundsatz dem anderen in Range vorgeht."

Eine Deduktion wäre nur dann weiter möglich, wenn das Verhältnis der verschiedenen Grundbegriffe zueinander selbst in einem Axiom bestimmt werden würde.

Dies ist jedoch nur bedingt möglich, da sich das Rangverhältnis oftmals "erst aus der konkreten Situation ergibt, für die die Entscheidung nur scheinbar deduktiv gefunden wird".

Ähnlich lehnt auch Coing (238) die Vorstellung der Rechtswissenschaft nach dem Vorbild der Mathematik ab. Die Jurisprudenz könne ihrem Stoff keine mathematisch-logische Einheit abgewinnen, da das Recht "kein Produkt logischer Deduktionen" sei, sondern auf Wertentscheidungen beruhe.

Entschieden hat sich auch Theodor Viehweg gegen das logische Rechtssystem gewandt (239). Er ist der Ansicht, dass ein logischer Begründungszusammenhang im rechtswissenschaftlichen Bereich "gegenwärtigen deduktiv-systematischen Ansprüchen nicht annähernd" genügt. Schon bei der Auswahl der rechtlichen Grundbegriffe sei es der Jurisprudenz nicht gelungen, die Topik auszuschliessen. Denn welche Rechtsbegriffe den Rang von Axiomen erhalten, ist vom Standpunkt der Logik aus ersichtlich willkürlich.

Weiterhin ist auch bei der Rechtsanwendung eine logisch-deduktive Denkweise nicht möglich, denn die grosse Fülle von zu entscheidenden Fällen kann nicht ohne Interpretation in das vorgegebene System eingeordnet werden, das heisst, das vorgegebene System muss mittels Erweiterung, Einengung, Analogie usw. verändert werden. Hierbei kann die logische Perfektion eines Systems selten erhalten bleiben. Darüber hinaus seien die logischen Ableitungen nicht kontrollierbar, solange man sich der genuinen Sprache bediene, denn "Begriffe oder Sätze, die in Worten der natürlichen Sprache auftreten, sind systematisch unzuverlässig", was sich aus der grossen Vielfalt der variierenden Verständigungshorizonte der genuinen Sprache ergibt.

(238) Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie 1. Aufl. S. 276

(239) Topik und Jurisprudenz 1963

Schliesslich wird die Interpretation des gegebenen und zu beurteilenden Sachverhaltes nicht ausschliesslich von logischen Überlegungen getragen, vielmehr liegt bei der Rechtsanwendung zwischen Sachverhalt und positivem Recht ein "hermeneutischer Zirkel" (240) vor, welcher ein notwendiges Betätigungsfeld für die "Topik" darstellt.

Die Abhängigkeit des Rechtes von der Zeit

Jeder Kodifikation liegt ein bestimmter Wertungsplan zugrunde; jede Kodifikation wird nach bestimmten Maßstäben geformt. Die in einem Gesetz zum Ausdruck gekommenen Wertungen entsprechen immer den verschiedenen sozialen Wertungen einer bestimmten Zeitepoche. Dieser Übereinklang eines Gesetzes mit den vorhandenen sozialen Wertungen im Augenblick seiner Entstehung geht mit zunehmendem Zeitablauf verloren (241).

Die rechtsphilosophischen Erkenntnisse dieses Zusammenhangs verdanken wir Gerhart Husserl (242): Die Welt des Menschen ist eine geschichtliche Welt. Die Welt ist geschichtlich, weil das Leben des Menschen den Sinn der Geschichtlichkeit hat, die Welt aber von Menschen geformt wird. Der Stand eines Menschen ist demnach bedingt durch seinen geschichtlichen Standort. Alle Dinge, die ein Mensch schafft oder die ihm begegnen, werden "in den geschichtlichen Lebensrhythmus des Menschen einbezogen". Alle Erzeugnisse des Menschen werden von ihrem Erzeuger in eine "bestimmte geschichtliche Situation hineingestellt".

(240) Larenz, Methodenlehre S. 471 ff.

(241) vgl. Gesetz und Richterkunst S. 4
Wieacker

(242) vgl. Husserl, Recht und Zeit S. 1 - 65

Es gibt nun aber von Menschen geschaffene Dinge, die nicht die Zeitstruktur des Geschichtlichen haben, die vielmehr "eine eigentümliche Festigkeit gegenüber dem Ablauf der Zeit" aufweisen. Anderen von Menschen geschaffenen Dingen fehlt jedoch eine solche Festigkeit gegenüber dem Ablauf der geschichtlichen Zeit. "Einmal erzeugt, sind sie nicht nur in der Geschichte, sie sind selbst Geschichte; sie haben die Zeitstruktur der Geschichtlichkeit."

Diese Zeitstruktur der Geschichtlichkeit haben vor allem die Dinge der sozialen Wirklichkeit, "die in der Region des menschlichen Miteinander auftreten". Zu diesen Dingen der sozialen Wirklichkeit gehört die Rechtsordnung. Dies bedeutet aber, dass das Recht sich in einer stetigen Abhängigkeit von der sich fortwährend wandelnden sozialen Wirklichkeit befindet und muss sich demnach insofern ändern, als die geschichtliche Situation der Menschen, für die es Geltung beansprucht, sich ändert. Denn eine Rechtsordnung "ist immer mehr und anders als ein System verbal formulierter Rechtssätze."

Ein Rechtssatz entfaltet die ihm innewohnende normative Kraft, indem er zu konkreter Anwendung gelangt; nur so kann er seinen Sinn, als Handlungsmaxime zu dienen in den Lebenslagen, die in dem Rechtssatz abstrakt vor-entworfen sind, erfüllen." Aus dieser Verbundenheit des Rechtes mit der konkreten geschichtlichen Situation des Menschen folgt, dass jeder Wandel der empirisch erfassbaren Wirklichkeit Auswirkungen haben muss auf die diese Wirklichkeit ordnenden Gesetze. Ein geschlossenes, vom Kodifikationsdogma beherrschtes, normatives System kann einen geschichtlichen Wandel nur mittels "Erschleichungen und verabredeter Fiktionen" (243) auffangen.

(243) Wieacker aaO. S. 4

Besonders deutlich wird die Zeitstruktur der Geschichtlichkeit von Gesetzen, und besonders bei den anpassungsunfähigen Kodifikationen, in Katastrophenzeiten, wie wir sie in der letzten Kriegs- und Nachkriegszeit (244) erlebten. Die im Gefolge von Kriegen jeweils stattfindenden Einbrüche in die Sozialebene führen oft zu einer völligen Umwälzung der für eine Rechtsordnung massgebenden Wertungen. Die eine Kodifikation tragenden Wertungen werden bei solchen Umwälzungen der sozialen Wirklichkeit oft völlig verleugnet oder durch andere Werte ersetzt. So wird in solchen Zeiten gleichsam das innere Gerüst eines Gesetzes ab- oder umgebaut, ohne dass dies nach dem Wortlaut des jeweils betroffenen Gesetzes auch nur erkennbar würde.

Die vielleicht bedeutendste Umwälzung der Rechtsordnung in den letzten Jahrzehnten ist durch die Entwicklung vom klassischen, bürgerlichen Rechtsstaat zum sozialen Rechtsstaat gekennzeichnet. Als sozialer Rechtsstaat wird allgemein ein Staat angesehen, dessen Ziel die Erlangung und Erhaltung der materiellen Gerechtigkeit im staatlichen und staatlich beeinflussbaren Bereich ist (245).

Durch dieses Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat ist jeder Rechtsanwender nicht nur zur Streitentscheidung, sondern auch "zur fürsorglichen Gestaltung von Lebensverhältnissen und zur Wohlordnung sozialer und wirtschaftlicher Zustände" aufgerufen (246). Diese vom Grundgesetz geforderte Umwandlung der Rechtsanwendung von blosser Konfliktentscheidung zu sozialer und rechtsstaatlicher Gestaltung aller Rechtsverhältnisse musste die vom Kodifikationsdogma inaugurierte Vorstellung von Rechtsanwendung als syllogistische Konfliktentscheidung verändern.

(244) Wieacker aaO. S. 4, Esser, Grundsatz und Norm S. 4

(245) vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht § 11 I

(246) Wieacker aaO.

Im Einklang hiermit stand die Einsicht, dass eine lückenlose gesetzliche Normenordnung wegen der unausschöpfbaren Vielheit der möglichen Streitsituationen nicht möglich ist. Die Vorstellung von Rechtsanwendung als einer rein logisch-kognitiven Gesetzesanwendung, m. a. W. die richterliche Tätigkeit als "Aktualisierung eines in der Norm eingeschlossenen hypothetischen Urteils" (247) zu bezeichnen, musste der Einsicht weichen, dass jeder Rechtsanwendung auch volitive Momente zugrunde liegen, da nämlich jede Wahl zwischen mehreren möglichen Wertungen, ohne eigene Willensentscheidung des Rechtsanwenders nicht möglich ist.

Es kann also auch der Begriff "unbillig" nicht durch bloße Subsumtion unter die kodifizierte Norm präzisiert werden. Wenn aber Rechtsanwendung nicht mehr Gesetzesanwendung mittels Subsumtion ist, bleibt fraglich, woher die Maßstäbe kommen, die durch die Rechtsentscheidung zur Geltung gebracht werden.

b.) Aufsuchen der für die Rechtsanwendung massgeblichen Maßstäbe

Wenn nun ein positives Verständnis vom Rechtsbegriff sich als ungeeignet erweist, den Rechtsgehalt von Rechtsbegriffen präzise zu bestimmen, so fragt es sich, welche Wertmaßstäbe die im wesentlichen von volitiven im Gegensatz zu logisch-kognitiven Momenten bestimmter Rechtsanwendung - und somit auch Rechtsschöpfungsakte leiten. Für die Frage nach der präzisen Erfassung des rechtlichen Gehaltes des Begriffes "unbillig" heisst das, dass die Maßstäbe aufzusuchen sind, an die die Rechtsanwendung gebunden ist und die sie verwirklicht, wenn sie einen bestimmten Sachverhalt dem Rechtsbegriff "unbillig" zuordnet.

(247) aaO.

aa) Judiz?

Zunächst könnte man versucht sein, jene gesuchten Maßstäbe mit dem Rechtsgefühl des Rechtsanwenders gleichzusetzen, also auf die subjektive Empfindung und Wertung des jeweils zur Konfliktentscheidung Berufenen zu verweisen. Diesen subjektiven Akten wertender Stellungnahme fehlt jedoch jede Objektivität, welche Grundlage für eine Nachprüfbarkeit sein könnte. Ohne eine solche Nachprüfbarkeit kann aber nicht mehr von einem rechtsstaatlichen Gerichtswesen die Rede sein.

Darüber hinaus gäbe es nur noch ein Nebeneinander gleichberechtigter subjektiver Wertungen, nicht aber über die einzelne Stellungnahme hinausreichende, objektive Maßstäbe. Dies wiederum steht der rechtsstaatlichen Forderung nach Gleichheit und Rechtssicherheit strikt entgegen. So bedeutsam auch die Erkenntnis "der psychologischen Urteilsbedingungen für die Selbstkontrolle der Justiz sein mag, sie wird niemals objektivierbare Prinzipien methodischer Urteilsfindung ausgeben können" (248).

Auch verkennt eine solche Einstellung die Tatsache, dass es überindividuelle und übereinstimmende Wertungsmaßstäbe gibt, die in einer Gemeinschaft allgemein anerkannt sind, denn ein "Nebeneinander unzusammenhängender, gleichberechtigter subjektiver Wertungen" kann keine Grundlage bilden für den "sozialen Bereich der Normsetzungen in Sitte, Sozialmoral und Recht" (249). Solche objektiven Wertungen haben Ausdruck gefunden in der jeweils für verpflichtend verstandenen Rechtsordnung, den Institutionen und der gemeinsam gelebten Kultur (250). Das subjektive Rechtsgefühl oder Rechtsgewissen ist also nicht geeignet, jene gesuchten Maßstäbe der Rechtsanwendung zu bilden.

(248) Wieacker, Gesetz und Richterkunst S. 9

(249) Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie § 22 III 2a

(250) Larenz Methodenlehre S. 133

bb) Naturrecht?

Der Verwendung des Begriffes "unbillig" könnten auch naturrechtliche Vorstellungen in dem Sinne zugrunde liegen, dass es unabhängig von dem positiven Recht eine von jedem Rechtsunterworfenen instinktiv empfundene Ordnung gebe, die es im positiven Recht zu verwirklichen gelte, die aber auch bei entsprechender Weite der juristischen Begriffe, und dies trifft ja gerade für den Begriff "unbillig" zu, vom Rechtsanwender im konkreten Fall zu verwirklichen sei.

"Naturrecht" im herkömmlichen Sinne ist nach einer bekannten Definition Max Webers (251) "der Inbegriff der unabhängig von allem positiven Recht und ihm gegenüber prä eminent geltenden Normen, welche ihre Dignität nicht von willkürlicher Satzung zu Lehen tragen, sondern umgekehrt deren Verpflichtungsgewalt erst legitimieren. Normen also, welche nicht kraft ihres Ursprunges von einem legitimen Gesetzgeber, sondern kraft rein immanenter Qualitäten legitim sind."

Es ist nun hier nicht der Ort, eine genaue und präzise Darstellung der gesamten Naturrechtsbewegung zu geben. Unsere Erörterungen sollen sich vielmehr darauf beschränken, die hauptsächlichsten naturrechtlichen Strömungen auf ihre Fähigkeit hin, Maßstäbe für die Interpretation von Rechtsbegriffen zu liefern, zu prüfen. Diese Maßstäbe müssen notwendig objektive Inhalte haben und allgemeine Geltungskraft besitzen, denn sonst könnte man gleich auf das als untauglich erkannte (252) Mittel des juristischen Judizes verweisen.

(251) Max Weber, Rechtssoziologie 1960 S. 265

(252) siehe oben aa)

γ Der Aussagegehalt des relativen Naturrechtes?

Ausgehend von der Einsicht, dass es zumindest zu einer bestimmten Zeit in einer Kulturgemeinschaft gemeinschaftliche Bewertungen und damit auch übereinstimmende Bewertungsmaßstäbe gibt, scheint der Schluss zulässig zu sein, dass eine Wertordnung auffindbar sein muss, die jeweils in einer konkreten geschichtlichen Situation als die massgebliche angesehen werden muss.

Wenn man nun versucht, das staatliche Recht dieser jeweiligen Wertordnung - diese Wertordnung kann keine absolute sein, weil die menschliche Kultur die Zeitstruktur der Geschichtlichkeit hat und somit veränderlich ist - unterzuordnen, so postuliert man ein relatives Naturrecht der jeweils geschichtlich erfahrenen und erfahrbaren Werte. Dieses geschichtlich bedingte und deshalb relative Naturrecht kann auch als "Naturrecht mit wechselndem Inhalt" bezeichnet werden und wird von Stammler als das Naturrecht der konkreten geschichtlichen Lage begriffen (253).

Da alles, was sich auf menschliche Ansprüche bezieht, stetem Wechsel und dauernder Veränderung unterworfen ist, ist keine Norm möglich, die absolut richtig feststeht (254). Dies wiederum besagt für das Naturrecht, dass dieses nur das unter den veränderlichen empirischen Verhältnissen mögliche wahre Recht ist. Der materiale Grundgehalt des Naturrechtes kann danach nur für einen bestimmten Gesellschaftszustand, nur für eine bestimmte geschichtliche Situation, und nur für eine bestimmte Gemeinschaft festgelegt werden. "Nur die Kategorie des richtigen, gerechten Rechtes ist allgemein-gültig, aber keine ihrer Anwendungen. Will man für das demnach nur durch die Einheitlichkeit der kategorialen Form gekennzeichnete «richtige Recht» dennoch den Namen Naturrecht festhalten, so muss man es dem unwandelbaren Naturrecht alten Stils (255) als ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt oder, wie man wohl gesagt hat, als Kulturrecht gegenüberstellen" (256).

(253) Stammler, Lehre vom richtigen Recht
2. Aufl. 82 ff.

(254) S. 94

(255) mit Stammler

(256) Radbruch, Rechtsphilosophie S. 107

Ähnlich begreift auch Mitteis (257) das Naturrecht in seiner Abhängigkeit von der konkreten geschichtlichen Situation als Teil der jeweiligen, durch menschliche Wertverwirklichung gekennzeichneten Kultur (258).

Gleichfalls als Hauptvertreter eines relativen, dynamischen Naturrechtes muss Maihofer wegen seines Versuches, das Naturrecht als Existenzrecht darzustellen (259), genannt werden. Maihofer geht von einem existenziellen Menschenbild aus und begreift den Menschen "nicht mehr als ein Subjekt für sich oder an sich, sondern als Subjekt-Objekt in seinem In-der-Welt-Sein", in "seinem gegenständlichen Wesen als Welt-Mensch, seiner konkreten Existenz als Ich - Du und Du - Ich, so, wie wir ihn auch wirklich alltäglich in der Welt vorfinden."

Wenn es aber die Bestimmung des Menschen ist, "aus sich selbst heraus, in sinnverstehender Deutung und Bemächtigung seiner konkreten Weltexistenz, diese seine Natur allererst hervorzubringen und so seine Bestimmung festzustellen", dann muss dem Naturrecht ein neuer Sinn zuerkannt werden: den Sinn "eines Voraussentwurfes der geschichtlichen Selbstbestimmung des Menschen. Denn wenn die Natur des Menschen nichts ist, was schon besteht, sondern etwas, was darin erst entsteht, ... dann hat das, was wir gemeinhin Naturrecht nennen, seinen Grund nicht in einer schon vorhandenen Wesenssubstanz des Menschen, sondern in der je sich ereignenden Weltexistenz, auf die hin der Mensch in seinen naturrechtlich genannten Wesensbestimmungen je geschichtlich sich entwirft."

(257) Über das Naturrecht S. 7 - 8

(258) Weitere Stellungnahmen in diesem Sinne sind durch die Bezeichnung des Naturrechtes als "historisch-elastisch" bei Spranger, Zur Frage der Erneuerung des Naturrechts NoR S. 87 ff.; als "historisch-relativ", als "werdend" bei Fechner, Rechtsphilosophie 2. Aufl. S. 261 ff.; als "konkret" bei Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit S. 288 f.; als "geschichtlich" bei Arthur Kaufmann, Naturrecht und Geschichtlichkeit S. 10 ff. gekennzeichnet

(259) vgl. Maihofer, Naturrecht als Existenzrecht

Aus der Natur des Menschen können also keine absoluten Rechtssätze abgeleitet werden, vielmehr muss das Naturrecht, da der Mensch seine Natur immer erst selbst entwirft, als eine von ihm jeweils selbst zu schaffende Ordnung und damit notwendig relativ begriffen werden. Es muss jedoch Bedenken aufwerfen, den Menschen seine Natur auf der Grundlage einer unbegrenzten Freiheit entwerfen zu lassen, denn die Freiheit des Menschen kann nicht ohne Grenzen sein, sie findet ihr Ende entweder an der Vorgegebenheit der dinglichen Natur oder auch an der Aufgegebenheit verpflichtender Ideen.

Darüber hinaus setzt die Bestimmung des Menschen, seine eigene Natur zu entwerfen, den Menschen in seiner Personhaftigkeit voraus, womit sich in das Existenzrecht eine ausdrücklich abgelehnte konstante anthropologische Grundlage jeder Rechtsbildung einschleicht (260).

Das Existenzrecht lässt also die Grundlage menschlicher Selbstverwirklichung und damit die vorgegebenen Grenzen des Existenzrechtes ausser Betracht. Darüber hinaus ist allen relativen Naturrechtslehren die Verkenennung eines dauerhaften Elementes menschlicher Rechtsverwirklichung eigen. Das Recht erscheint der zufälligen Entwicklung anheim gegeben, wenn die Rechtsordnung nur noch als eine Fülle von vielfältigen und unterschiedlichen Faktoren begriffen wird, aber die Dauerelemente in den Rechtsgrundlagen verkannt werden (261). Das relative Naturrechtsverständnis ist wegen des ihm eigenen Fehlers, die Bedingungen des Rechts "dem Wechselspiel empirisch-historischer Zufälligkeit zu überlassen" (262) ungeeignet, die für eine rechtliche Präzisierung erforderlichen Maßstäbe abzugeben.

(260) vgl. Henkel, Einführung § 35 III 3

(261) vgl. auch die Kritik des relativen Naturrechtsverständnisses bei Larenz, Methodenlehre S. 134

(262) Henkel aaO.

β/ Ungeeignetheit des absoluten Naturrechts

Als absolutes Naturrecht wird herkömmlich jede Naturrechtsvorstellung bezeichnet, die von einer dem menschlichen Gesetzgeber vorgegebenen, für ihn erkennbaren, allgemein-gültigen und dauerhaften Rechtsordnung ausgeht, die als unveränderliches Ideal jeder menschlichen Rechtssetzung vorgeordnet und übergeordnet ist. Sämtliche von einer solchen Vorstellung beherrschten Naturrechtslehren lassen sich zwei verschiedenen grossen Gruppen zuordnen, nämlich einerseits die Lehren eines ideellen Naturrechts und andererseits die Lehren eines existenziellen Naturrechts.

Welzel kennzeichnet den Unterschied zwischen diesen beiden Gruppen folgendermassen (263): "Für das ideelle Naturrecht wird das Wesen des Menschen von der Vernunft, vom Logos oder von der ratio her bestimmt; der Mensch ist ein vernünftiges und geselliges Wesen, ein animal rationale et sociale. Für das existenzielle Naturrecht ist der Mensch kein primär rationales Wesen, sondern wird entweder durch vorrationale Willens- oder Gefühlsakte oder durch vitale Triebimpulse bestimmt. Die ideelle Naturrechtslehre neigt dazu, das Recht aus einer idealen, ewig gültigen, rationaler Einsicht zugänglichlichen Ordnung abzuleiten; für die existenzielle Naturrechtslehre dagegen beruht es auf situationsbedingten Entscheidungen oder auf Akten vitaler Daseinsbehauptung."

Der Aussagegehalt aller absoluter Naturrechtslehren ist im wesentlichen folgender (264):

Der legitimierende Grund der verschiedenen absoluten Naturrechtslehren wird von jeder Richtung unterschiedlich gedeutet.

- (263) Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit S. 11
- (264) vgl. Welzel aaO. bringt eine genaue Darstellung der einzelnen Naturrechtslehre von den Zeiten des antiken Naturrechts bis zur Gegenwart

Grundlage für eine absolut geltende Ordnung können der Kosmos, die göttliche Schöpfungsordnung, die Natur des Menschen, die Autorität der Vernunft oder das Reich der Ideen bilden. Allen Richtungen ist jedoch die Vorstellung gemeinsam, dass eine rechtliche Normenordnung vorhanden ist, die zu den seinsgesetzlichen Vorgegebenheiten jeder menschlichen Rechtsetzung gehört, die also als Realfaktor bei der Rechtsverwirklichung zu beachten sei und deren Missachtung das Ideal des Richtigen rechtes nicht ermögliche.

Mit der Erkenntnis der Vorgegebenheit dieser rechtlichen Normenordnung ist die Einsicht notwendigerweise verbunden, dass diese Rechtsordnung nicht menschlicher Inhaltsbestimmung unterliegen kann, vielmehr ist sie jeder Verfügung und Willenssetzung entzogen. Daraus ergibt sich auch ihre Unantastbarkeit und Unwandelbarkeit gegenüber jedem Wandel der gesellschaftlichen Situation. Sie ist der Zeitstruktur des Geschichtlichen entzogen, überzeitlich, absolut. Aus dieser Sicht wird das Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht erklärlich als die Beziehung eines Untergeordneten zu dem ihm Übergeordneten: das Naturrecht stellt die allgemein-gültige Idealordnung dar, der sich zu nähern die vorrangige Aufgabe positiver Normsetzung bleibt. Damit ist das Naturrecht das Vorbild, das über jeder positiven Rechtsetzung steht.

"Das Naturrecht ist das eigentlich gültige Recht, das positive Recht hat ihm gegenüber nur eine abgeleitete, vorläufige Gültigkeit, für die allenfalls eine Vermutung spricht ... Naturrecht kann von positivem Recht nicht zerstört werden ..., das positive Recht kann gegen das Naturrecht nichts ausrichten; es ist nur der Transformator, das Umspannwerk, in dem das Naturrecht für die Wirklichkeit praktikabel gemacht wird. Es muss weichen, wenn es den Anforderungen der Gerechtigkeit, also des Naturrechts nicht mehr entspricht.

Naturrecht bricht positives Recht." (265).

In der neueren Rechtsphilosophie wird das absolute Naturrecht einhellig abgelehnt. Aus der Fülle der gegen ein überpositives Recht vorgebrachten Argumente sollen nur die wichtigsten genannt werden:

Zunächst hat Welzel (266) gezeigt, dass menschliches Handeln immer geschichtlich, persönlichkeitsbezogen und situationsbedingt ist. Daraus folgt, dass es keine allgemeine, materiale Regel geben kann, die von der konkreten geschichtlichen Situation oder der handelnden Persönlichkeit absehen könnte. Zum anderen unterliegt der Methode der Naturrechtslehren, mittels derer sie den Inhalt ihrer Lehre bestimmen zu können glaubte, ein Zirkelschluss: Sie glaubte nämlich, den Inhalt des Naturrechts aus der Natur zu entnehmen. Hierbei müsse man das Naturgemässe von den Dingen ablesen, die sich in ihrem naturgemässen Zustand befinden, nicht von denen, die verdorben sind (267).

Nun muss aber zunächst bekannt sein, was der naturgemässe oder verdorbene Zustand eines Dinges ist, ehe festgestellt werden darf, was das Naturgemässe oder Naturwidrige ist. "In Wahrheit ist es umgekehrt: Was die Naturrechtler an Wertvorstellungen in die Dinge hineingelegt haben, das holen sie hinterher als das Natürliche oder das Unnatürliche aus ihnen wieder heraus. Diesen Zirkel hat noch keine Naturrechtslehre durchbrechen können, auch nicht durch die - heute so beliebte - Berufung auf die rationale Natur des Menschen." (268). Weiterhin ist es irrig, von einer apriori vorhandenen und einsichtigen Rechtsordnung mit unmittelbarer verpflichtender Kraft auszugehen.

(265) Mitteis S. 38

(266) aaO. 2. Aufl. S. 181 - 185

(267) Aristoteles Politik I 2 - 1252 b

(268) Welzel 4. Aufl. aaO. S. 241

Denn ein Teil der von den Naturrechtlern berufenen apriorischen Elemente dieser Rechtsordnung gehört nicht der Kategorie des Normativen an, kann also nicht verpflichtender Bestandteil eines rechtlichen Normengefüges sein. Hierzu gehören z. B. ontologische Ordnungsstrukturen, wie etwa die berufene gottgewollte Ordnung oder anthropologische Grunderkenntnisse, wie z. B. die Berufung auf die Vernunftnatur des Menschen. Auch enthalten die Grundgedanken der Gerechtigkeitsidee keine unmittelbar verpflichtende Inhalte, sondern können allenfalls immanenter Bestandteil einer bestehenden Normenordnung sein.

Ein weiterer Fehler des absoluten Naturrechtsdenkens liegt in der Ansicht begründet, dass das richtige positive Recht aus dem einsichtigen naturrechtlichen Normengefüge abgeleitet werden könne. "Hier wird eine monistische Lösung des Rechtsbildungsproblems gedacht, während doch der Vielfalt der Anforderungen wahren Rechts nur ein durchaus komplexer Rechtsgestaltungsprozess gerecht werden kann, in dem logisches Deduzieren, Anschauung und Erfahrung des wirklich Gegebenen mit wertendem Abwägen verbunden sind" (269).

Auch kann die vorgebliche Allgemeingültigkeit des Naturrechts nicht aufrechterhalten werden, denn wirklicher Verhaltensentwurf und Allgemeingültigkeit sind, wie Ryffel (270) nachgewiesen hat, schlechthin unverträglich, was sich aus der Notwendigkeit ergibt, bei der Verfassung des Entwurfes für wirkliches Verhalten in der sozialen Wirklichkeit diese Wirklichkeit zu berücksichtigen. Die zu berücksichtigende Wirklichkeit kann aber nie vollständig vorweggenommen werden, was aber Lageabhängigkeit des wirklichen Verhaltensentwurfes bedeutet, der Allgemeingültigkeit als schlechthiniger Lageunabhängigkeit aber widerspricht.

(269) Henkel, Rechtsphilosophie § 35 II 6c

(270) vgl. Das Naturrecht S. 58/59

Da also die Bedingungen der Wirklichkeit in dem naturrechtlichen Verhaltensentwurf nicht mit allgemeiner und überzeitlicher Gültigkeit vorausgedacht werden können, kann auch die naturrechtliche Rechtsverpflichtung, die ja der sozialen Wirklichkeit entsprechen soll, nicht mit absoluter Gültigkeit festgelegt werden. Aus diesem Unvermögen, die soziale Wirklichkeit gebührend zu berücksichtigen, wird das Naturrecht als utopisches Recht, das nicht zu verwirklichen und anwendungsunfähig ist, deutlich. "Recht ist also nur als konkret-historisches Recht real denkbar. Nur in der Geschichtlichkeit sozialen Lebens und aus ihr heraus kann es Gestalt gewinnen" (271).

Das Naturrecht ist also ungeeignet, die rechtlichen Maßstäbe für eine Präzisierung des Begriffes "unbillig" zu liefern.

cc) Freirechtsbewegung

Nun könnte man versucht sein, die für die Ausfüllung des Begriffes "unbillig" entscheidenden Maßstäbe in der freien Rechtsfindung des Rechtswendenden zu erblicken. Eine solche einzig von Werturteilen und Zweckvorstellungen geleitete freie Rechtsfindung wurde bekanntlich von der sog. Freirechtsbewegung propagiert. Ob die Lehren dieser rechtstheoretischen Richtung aber wirklich geeignet sind, allgemein-gültige Aussagen über das Verhältnis von offenen Rechtsbegriffen und dem konkreten Rechtsanwendungsakt zu tätigen, kann nur mittels einer genaueren Untersuchung der von der Freirechtsbewegung geäußerten Ansichten festgestellt werden.

Die Freirechtler lehnen die Forderung des Gesetzespositivismus, jede Entscheidung aus einem Rechtssatz abzuleiten und sich somit nur an das zu halten, was in einem bereits vorhandenen Rechtssatz ausgesprochen ist, ab.

(271) Henkel aaO.

Der Rechtsanwender muss zumindest immer dann eine eigene Interessenabwägung und Schutzgewährung vornehmen, wenn der Sinn des Rechtssatzes unzugänglich ist oder der Rechtssatz nach einer bestimmten Richtung keine Entscheidung gibt, weil entweder die Rechtsbegriffe unklar sind oder sich aus der Norm ein Widerspruch ergibt (272). Demnach teilen sich staatliche Gesetzgebung und richterliche Gesetzesanwendung die Rechtsbestimmungs- und Rechtsordnungsmacht (273).

Das Gesetz ist den Freirechtlern vorwiegend nur eine "Vorbereitung, ein Versuch zur Bewirkung einer rechtlichen Ordnung." Die konkrete Rechtsverwirklichung wird nicht schon unmittelbar vom Gesetz gegeben, sondern "erst vom Richter gefunden". Das Gesetz weist "nur den Weg richtiger Rechtsfindung" (274). Von Hermann Kantorowicz wurde diese Denkrichtung als die freirechtliche Bewegung gekennzeichnet (275), das hierbei verwirklichte Recht mit den Worten freies Recht charakterisiert (276). Das freie Recht muss im Wege freier Rechtsschöpfung die Lücken des gesetzten Rechts schliessen (277). Es seien aber mehr Lücken als wirklich normiertes Recht vorhanden. Denn "kein einziger Begriff ist bis in seine Urmerkmale zerlegt, wenige nur sind definiert und diese wenigen wieder nur durch andere, selbst undefinierte Begriffe. Nur ein unwahrscheinlicher Zufall kann es daher fügen, dass ein Rechtsfall so gelagert ist, dass sämtliche auf ihn anzuwendende Rechtsbegriffe mit ihren fest bestimmten Begriffskernen statt nur mit ihren schwimmenden Konturen auf ihn entfallen."

Die Jurisprudenz muss also dem Gesetz frei und schöpferisch zur Seite treten.

(272) Eugen Ehrlich, Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes, Sammelband "Recht und Leben", herausgegeben von Rehbindner S. 237

(273) Bülow, Gesetz und Richteramt S. 42

(274) Bülow aaO. S. 46

(275) vgl. Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft S. 17

(276) aaO. S. 16

(277) aaO. S. 18

Kantorowicz fordert eine Verwirklichung des Gedankens von der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle (278). Ihr komme die Aufgabe zu, die offenen Rechtsbegriffe mit "jenen Merkmalen, welche freie Rechtssätze an die Hand geben", zu schliessen und zu definieren. Da die Rechtswissenschaft selbst Quelle des Rechtes sei, "so muss sie dieselbe Natur haben wie alle übrigen Quellen, und wie das Recht selbst muss sie Wille sein" (279). "Mit dieser Erkenntnis schliesst sich die Rechtswissenschaft dem Zuge der Geisteswissenschaften im 19. Jahrhundert an und tritt in ihre voluntaristische Phase." (280)

Dieser Verlagerung des Schwergewichtes der Rechtsanwendung vom logisch-kognitiven auf das volitive Element stimmte auch Hermann Isay (281), wenn auch in "sublimierter Form" (282) zu. Nach ihm ist eine Rechtsentscheidung durch das "Wollen der bestimmten Ordnung eines Einzelfalles" (283) gekennzeichnet. Das heisst, eine Entscheidung kommt nicht mittels Ableitung einer Rechtsnorm, sondern oftmals ohne Berücksichtigung der Norm, allein aufgrund des Rechtsgefühls zustande (284).

In diesem Sinne forderte Ernst Fuchs (285) Freiheit "einerseits von der Sklaverei der Begriffs-, Motiven- und Konstruktionstalmudistik, andererseits von der Willkür der kryptosoziologischen Stimmungs-, Gefühls- und Sentimentjustiz."

Zusammengefasst muss die Freirechtsbewegung dahingehend gekennzeichnet werden, dass der Rechtsanwendungsakt nicht aufgrund intellektueller Entscheidung, sondern vorwiegend aufgrund einer intuitiven Willensentscheidung erfolgt.

(278) aaO. S. 21

(279) aaO.

(280) aaO. S. 22

(281) Rechtsnorm und Entscheidung

(282) vgl. Larenz Methodenlehre S. 64

(283) aaO. S. 60

(284) vgl. S. 56

(285) vgl. Ernst Fuchs, Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform Bd. 2, Juristischer Kulturkampf S. 2

Ob der tragende Moment dieser intuitiven Willens-entscheidung nun das Rechtsgefühl oder ein irgendwie geartetes am Bedürfnis des Gemeinwohls ausgerichtetes Rechtsgewissen ist, kann dahingestellt bleiben. Festzuhalten bleibt, dass aufgrund dieser volitiven Prägung des Rechtsanwendungsaktes die Orientierung am Gesetz schwindet. Denn wenn die Gesetze aus der Sicht der Freirechtler vorwiegend durch ihre Lückenhaftigkeit gekennzeichnet sind, (286) so liegt das Rechtssetzungsmonopol in Wahrheit nicht bei der Legislative, sondern bei der Judikative. Eine eigene Rechtsschöpfung durch den Rechtsanwender ist jedoch nicht nur bei Lückenhaftigkeit des Gesetzes gerechtfertigt, sondern schon dann möglich, wenn der zur Konfliktentscheidung Berufene die Gesetzesanwendung im gegebenen Fall unrichtig oder auch nur unzweckmässig findet. Dies führt schließlich dazu, daß die Entscheidungen des Richters nicht auf dem Gesetz beruhen, sondern die Rechtsregeln den Entscheidungen zu entnehmen sein sollen (287).

Die einzige Bindung für die freie Rechtsschöpfung ergibt sich aus einer selbstgewählten Begrenzung der Rechtsentscheidung unter dem Blickwinkel des Gemeinwohls und des sozialen Nutzens. Dadurch sollte Willkür und Rechtsunsicherheit ausgeschlossen werden. Durch diese minimale Begrenzung der freien Rechtsmacht des Rechtsanwenders konnte die Freirechtslehre jedoch nicht der Forderung nach der Normativität des Rechts genügen, denn die beinahe gänzliche Freiheit der Jurisprudenz von den herkömmlichen Bindungen verursachte notwendigerweise die Ausrichtung der Rechtsanwendung an dem konkreten Interesse des Einzelfalles, was aber der Forderung des Gerechtigkeitsgedankens, Gleiches auch Gleich zu behandeln entgegensteht und die Unmöglichkeit " der Verallgemeinerung konkreter, typisierender Pflichten zu allgemein formulierten Sollenssätzen " bedingt. (288)

(286) vgl. Gnaeus Flavius aaO.

(287) Eugen Ehrlich. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, in Sammelband "Recht und Leben" hrsg. von Reh binder S.173 - 185

(288) Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit S.580 2.Aufl.

Diese mangelnde Normativität und die oben aufgezeigte Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes lassen das Dogma einer "freien Rechtschöpfung" mit dem vom Grundgesetz postulierten Bekenntnis zum Rechtsstaatsprinzip (289) als unvereinbar erscheinen.

Aber auch in rechtsmethodischer Hinsicht kann die Freirechtsbewegung einer kritischen Betrachtung nicht standhalten, denn die rechtsmethodische Grundhaltung der Freirechtsbewegung ist der Auffassung, daß eine Auslegung des Gesetzestextes nur im Wege der formalen Logik möglich ist. Nur von dieser Position wird die Ablehnung der richterlichen Tätigkeit als mechanische formal-logische Operation verständlich.

Nun gibt es aber, wie Julius Binder (290) dargelegt hat, neben der formalen noch eine teleologische Logik. Weil auch die Freirechtsschule davon noch nichts weiß, wie sie ja seltsamerweise mit dem juristischen Naturalismus Hand in Hand geht, fordert sie die souveräne Freiheit des Richters, um ihn von einer Fessel zu befreien, in die ihn, wie sie meint, das Gesetz, in Wahrheit aber die Alleinherrschaft der formalen Logik verstrickt. So leiden beide Richtungen an demselben Fehler: sie wissen beide nichts von der ideologischen und teleologischen Grundlage des Rechtes und von dem wahren Ziel der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung." Der Freirechtsschule ist insoweit zuzustimmen, als sie in Ablehnung der Methode der formallogischen Deduktion den Rechtsanwendungsakt als schöpferische Leistung begriff. Aber die Qualifizierung der Rechtsanwendung als schöpferisch muß nicht unbedingt Hand in Hand gehen mit einer Freistellung von jeder rechtlichen Bindung. Denn es gibt auch schöpferische Erkenntnisleistungen; vom Standpunkt der Rechtsphilosophie aus ist jedes Erkennen ein schöpferischer Akt.

Die Erkenntnis, daß Rechtsanwendung schöpferische Tätigkeit ist, vermag also sehr wohl in Einklang gebracht werden, mit einer Bindung des Rechtswenders an das Gesetz. Denn auch Auslegung des Gesetzes an seinem Gesamtsinn, durch das Prinzip der Natur der Sache und anderen das Gesetz eventuell auch fortbildenden Prinzipien ist kein formallogischer Denkvorgang.

(289) vgl. Art. 20 II, III GG

(290) vgl. Philosophie des Rechts S. 992

(291) Fechner Rechtsphilosophie S. 260 ff.

(292) vgl. Larenz Methodenlehre S. 65 ;
Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre S. 188 ff.

Durch diese Gleichsetzung der Gesetzesauslegung mit formal-logischer Subsumtionsmethode ist der rechtsmethodische Ansatzpunkt der Freirechtsbewegung von vornherein verfehlt.

Aufgrund all dieser Erwägungen können die Lehren der Freirechtsbewegung nicht als geeignet angesehen werden, die für eine rechtliche Präzisierung des Begriffes "unbillig" gesuchten Maßstäbe aufzuzeigen.

dd) Rechtssoziologie

Die Rechtssoziologie befaßt sich mit einem besonderen Gebiet der Soziologie. Soziologie ist "die Zusammenfassung des Inhaltes aller theoretischen Gesellschaftswissenschaften zu einer Einheit, gewissermaßen in einem einheitlichen, allgemeinen Teil der Gesellschaftswissenschaft" (293) Von diesem allgemeinen Teil der Gesellschaftswissenschaften im weiteren Sinne ist die Rechtssoziologie ein Spezialzweig. Fraglich erscheint nun, ob die Rechtssoziologie in diesem Sinne geeignet ist, die gesuchten Maßstäbe für eine rechtliche Präzisierung des Begriffes "unbillig" aufzuzeigen. Die Beantwortung dieser Frage erfordert eine kurze Darstellung der "Rechtswissenschaft als Rechtssoziologie". (294)

Die moderne Soziologie (295) ist die allgemeine Lehre von den Erscheinungen in der Gesellschaft. Ihr wissenschaftliches Anliegen ist die Erkenntnis der Erscheinungsformen der sozialen Tatsachenwelt, d.h. sie ist Theorie, nicht Pragmatik, sie handelt von Real- nicht von Idealbegriffen, sie ist Empirie und nichts als Empirie, keinesfalls Spekulation. (296)

Der eigentliche Gegenstand der Soziologie ist das von den konkreten Erscheinungen des menschlichen Lebens abstrahierte "Gesellschaftliche": das Gesellschaftliche als Element oder Art menschlicher Existenz.

(293) Geiger, Soziologie S.568 - 71

(294) vgl.Ehrlich, Grundlegung S.19

(295) vgl.Staatslexikon Bd.7 S.415

(296) Kraft Julius, Vorfragen der Rechtssoziologie
Zschr.f. vgl. RW 45, 1 - 78

Die Rechtssoziologie ist eine Fruchtbarmachung der Methoden und Erkenntnisse der allgemeinen empirischen Soziologie für das Spezialgebiet des Rechtes " als eine der zahlreichen den Ablauf des Soziallebens beeinflussenden Ordnungsinstitutionen". (297)

Die Aufgabe der Rechtssoziologie läßt sich als " Erklärung des Vorhandenseins von Rechtseinrichtungen in der menschlichen Gesellschaft" angeben, "mit dem Ziel; wissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten hinsichtlich des Rechtes als Regulator und als Funktion des Soziallebens zu ermitteln ".(299)

Die Fragen, die sich bei dieser Aufgabe aufwerfen sind etwas folgende: " wie und in welchem Ausmaß und unter welchen Umständen werden die rechtlichen Verhaltensmodelle zu real-sozialen Verhältnissen, die juristischen Ge-und Verbote zur gesellschaftlichen Wirklichkeit ? Aber ebensogut: Auf welche Weise und zu welchem Funktionszweck werden von der sozialen Wirklichkeit her bestimmte Rechtsnormen und nicht etwa andere hervorgebracht ? Oder auch: Welche sozialen Kräfte haben zu diesem Recht geführt bzw. sich gegen jenes verhärtet ? "

Da die Rechtssoziologie also das Vorhandensein von Rechtseinrichtungen in der menschlichen Gesellschaft beschreibt und erklärt, kann man mit Recht sagen, daß ihre wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Recht deskriptiv ist,(301) da sie gleichzeitig das Ziel hat, wissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten hinsichtlich des Rechtes als Regulator und als Funktion des Soziallebens zu ermitteln, kann man ihre wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Recht als funktional, mithin zusammenfassend als deskriptiv-funktional bezeichnen. (302)Demgegenüber ist die Rechtswissenschaft im engeren Sinne, auch Jurisprudenz genannt, deskriptiv-dogmatisch, weil sie die Rechtsregeln erklärt und der Ansicht ist, daß die Gesamtheit der Rechtsnormen ein in sich geschlossenes System bildet. (303)

(297) Hirsch, Recht im soz.Ordnungsgefüge S.320

(298) Kraft aaO. S 6

(299) Hirsch, Recht im soz.Ordnungsgefüge S.320

(300) Staatslexikon Bd.6 S.682

(301) Kraft, Vorfragen S.43

(302) vgl. Hirsch aaO.

(303) Hirsch aaO.

Diese empirische Betrachtung der Rechtswirklichkeit kann nun zwar " das Vorhandensein von Rechts-einrichtungen in der menschlichen Gesellschaft erklären " und möglicherweise auch " wissenschaftliche Gesetzmässigkeiten hinsichtlich des Rechtes als Regulator und als Funktion des Soziallebens " ermitteln (304) , sie ist jedoch ihrer empirischen Natur zufolge ungeeignet, Maßstäbe für die Auslegung von Rechtsbegriffen selbst zu liefern, da diese wegen der deskriptiv-dogmatischen Natur der rechtswissenschaftlichen Auslegungslehre notwendig selbst deskriptiv-dogmatischen Charakter haben müssen.

Eine übermässige Hervorhebung der Empirie in der Rechtswissenschaft legt es jedoch nahe, als die eigentliche Rechtswissenschaft die Rechtssoziologie anzusehen, und von der Erklärung der Erscheinungen der gesellschaftlichen Wirklichkeit ausgehend, Rückschlüsse zu ziehen auf die Auslegung der Rechtsnormen und der in diesen enthaltenen Rechtsbegriffe selbst. In diesem Sinne war Eugen Ehrlich der Ansicht, daß die Rechtssoziologie die eigentliche Wissenschaft vom Recht sei. Die Rechtssoziologie sei die " selbständige Wissenschaft vom Rechte, die nicht praktischen Zwecken dienen will, sondern der reinen Erkenntnis, die nicht von Worten handelt, sondern von Tatsachen". (305) Demgegenüber sei die Jurisprudenz einzig "die Kunst, das Recht den besonderen Bedürfnissen des Rechtslebens dienstbar zu machen". (306)

Ehrlich unterschied also zwischen theoretischer Wissenschaft und praktischer Kunstlehre. Die Rechtssoziologie ist für ihn folgerichtig die wissenschaftliche Grundlage für die praktische Rechtslehre. Die praktische Rechtslehre befaßt sich mit einem aus Entscheidungsnormen gebildeten deskriptiv-dogmatischem System. Ihre diesbezüglich hauptsächliche Aufgabe ist die Anwendbarmachung dieser Entscheidungsnormen auf konkret gegebene Konfliktfälle der sozialen Wirklichkeit. Das Recht aber, als die wirkliche Ordnung einer Gesellschaft besteht nicht aus solch normativen Verhaltensregeln, sondern aus den Verhaltensweisen, nach denen sich die Menschen wirklich verhalten. Diese tatsächlich befolgten Verhaltensweisen bilden die wirklichen Rechtsnormen, welche sich nicht aus den vom Gesetzgeber aufgestellten Normen bilden sondern umgekehrt jeder Normbildung als "ursprüngliche Tatsachen des Rechtes" zugrunde liegen.

(304) vgl.aa0.

(305) Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechtes S.1

(306) Ehrlich, Grundlegung S.19

Erst nachträglich bildet die dogmatische Rechtswissenschaft "den Rechtssatz auf Grund der Wahrnehmung der Tatsachen des Rechtslebens und der Verallgemeinerung der Ergebnisse dieser Wahrnehmung". (307) Für eine juristische Auslegungslerntheorie bedeutet aber diese Hervorhebung der empirischen Betrachtung der Rechtswirklichkeit Folgendes: Nur dann, wenn die Entscheidung eindeutig aus dem Gesetz zu entnehmen ist, ist die Rechtsanwendung mit logischer Ableitung zu bewältigen. "Was darüber hinausgeht, die Verallgemeinerung, die Analogie, die Induktion, die Handhabung der unbestimmten Begriffe, der allgemeinen gesetzgebungspolitischen und gesetzestechnischen Grundsätze, die Konstruktion, die ein Arbeiten mit systematischen und dialektischen Abstraktionen ist, das alles fordert, wenn es nicht zu höchst unerfreulichen Ergebnissen führen soll, stets die eigene richterliche Interessenabwägung heraus. Die Tätigkeit des Richters ist hier der Tätigkeit des Gesetzgebers wesensgleich und setzt bei ihm dieselben Kenntnisse voraus, die man heute vom Gesetzgeber verlangt. Das wird schon damit anerkannt, daß man vom Richter Kenntnis des Lebens erwartet und ihm Lebensfremdheit zum Vorwurf macht: denn Kenntnis des Lebens ist nicht niedergeschriebene Gesellschaftswissenschaft und Lebensfremdheit ist gesellschaftliche Unwissenheit". (308)

Ehrlich läßt jedoch völlig offen, welche Wertungsmaßstäbe die von Kenntnis der gesellschaftlichen Lebensverhältnisse getragene richterliche Interessenabwägung verwenden soll. Insbesondere lehnt Ehrlich es ab, den Rechtsanwender auf die Werturteile des Gesetzgebers zu verpflichten. Denn "bei der Menge von Werturteilen, die die Gesetze eines modernen Staates enthalten, kann für jede Entscheidung irgendeines hervorgeholt werden". (309)

Gefahrvoll erscheint auch der Weg für die Auslegung unklarer Rechtsbegriffe auf den mittels den Methoden der Rechtssoziologie festgestellten Zweck der jeweiligen Gesetze abzustellen. Denn dann könnte man für die Auslegung des Begriffes "unbillig" etwa folgendermaßen argumentieren: Gem. § 1 A Osind Steuern Geldleistungen, die zur Erzielung von öffentlichen Einkünften auferlegt werden.

(307) Ehrlich, Grundlegung S.289

(308) Ehrlich, Juristische Logik S.312

(309) Ehrlich, Juristische Logik S.163

Demnach ist es der Sinn der Steuergesetze, dem betroffenen öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen, diese öffentlichen Einkünfte auch möglichst zu verschaffen. Wenn man diesen rechtssoziologisch einwandfrei nachweisbaren Zweck der Steuergesetze berücksichtigt, so ist für die Auslegung eines Steuergesetzes nur jeweils diejenige Methode als richtig anzuerkennen, die dem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen die größtmöglichen Einnahmen gewährt. Dies aber bedeutet für die Auslegung des § 131 AO, daß die Einziehung von Steuern nur in ganz exceptionellen Fällen als "unbillig" zu qualifizieren ist, und daß eine grundsätzliche Vermutung für die Billigkeit der Einziehung von Steuern auch in den Fällen bestünde, wo für den Betroffenen eine besondere Härte gegeben ist. Daß eine solche Auslegung, die die Bedürfnisse des einzelnen Bürgers völlig hinter kollektivistische Interessen zurückstellt, in einem demokratischen vom Rechtsstaatsgedanken beherrschten Gemeinwesen nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand. (310)

Die Lehren Ehrlich's sind also nicht geeignet, die Bewertungsmaßstäbe für eine richterliche Wertung aufzuzeigen oder gar selbst zu bilden. Darüber hinaus unterliegt die Rechtssoziologie als eine Unterart des ~~naturalistischen~~ Rechtspositivismus einem grundsätzlichen Bedenken, welches gegenüber jener Geisteshaltung immer wieder vorgebracht worden ist. Von einer bloß empirischen des Rechtes her verliert der Rechtsanwender jeden Bezug zur Rechtsidee. Recht erscheint nur noch als ein Kausalergebnis gesellschaftlicher Geschehensabläufe, nicht aber als ein Erzeugnis geistiger Gestaltung. Diesem Vorwurf hat sich der naturalistische Rechtspositivismus niemals zu entziehen vermocht. (311)

(310) vgl. Kruse Steuerrecht S.94, der den Zweck der Steuergesetze über die Verwendung interessenrechtlicher Gedanken klarzustellen versucht. Hierzu vgl. unten ee)

(311) vgl. Wieacker Privatrechtsgeschichte S.562 - 586

(312) vgl. Henkel, Rechtsphilosophie S.382 :
"Die Verkürzung ... des Rechtsbildes... besteht darin, daß der naturalistische Rechtspositivismus zwar den Unterbau des Rechtes im Faktischen sieht, daß ihm aber die Erkenntnis des Rechtes als eines Erzeugnisses geistiger Gestaltung abgeht. Seine Untersuchungen bleiben sozusagen im Vorge-lände der Rechtsbildung stecken und gelangen nicht bis zu dem entscheidenden Normbildungsprozeß, der über das Faktische hinauswächst

(312)

Normgeltung nicht bloß in einem Kausal-
ergebnis des Faktischen, sondern in einer
geistigen Bestimmung und Entscheidung
beruht Es fehlt die für das Rechts-
verständnis letztlich maßgebende Wertbe-
trachtung, das Werterfassen und das Wert-
abwägen. Die Anforderungen des Ethos, die
in der Rechtsidee und in dem Gemeinwohl-
erfordernis an den Rechtsgestalter und
Rechtsanwender herantreten und ihm Aufgaben
stellen, werden hier nicht verspürt.
..... Infolgedessen muß diese Rechtsdeutung
in der entscheidenden Fragestellung nach
der Wesens- und Wertqualität des Rechtes
und damit in dem Bemühen um das richtige
Recht versagen.

(313) vgl. auch Esser, Grundsatz und Norm S.19 - 23

ee) Interessenjurisprudenz

In Ablehnung des Satzes "in dubio pro fisco" stellt Kruse (314) heraus, daß auch die Steuergesetze wie alles Recht dem übergelagerten Zweck, Interessenkonflikte zu lösen, dienen. In diesem Sinne beinhalten die Steuergesetze eine Lösung des Konfliktes zwischen ~~einzelnen~~ Bürger und öffentlicher Hand. Das Interesse des einzelnen Bürgers besteht darin, seine steuerlichen Zahlungsverpflichtungen möglichst gering zu halten, wohingegen das Interesse der öffentlichen Hand wegen der vielfältig zu erfüllenden staatlichen Aufgaben auf eine möglichst hohe Steuerforderung gerichtet ist. Diesen Interessenkonflikt bereinigen die Steuergesetze, indem sie eine Grenzlinie ziehen zwischen steuerpflichtigem und steuerfreien Tatbeständen. Die Absicht, der öffentlichen Hand Einnahmen zu verschaffen " ist nur das Motiv für die Schaffung von Steuergesetzen und ihre allgemeine finanzpolitische Aufgabe". (315)

In dieses Bild von der Grenze zwischen steuerpflichtigen und nicht steuerpflichtigen Tatbeständen fügt sich auch der § 131 AO harmonisch ein. Der grundlegende Konflikt zwischen dem Interesse der öffentlichen Hand, die durch die Steuergesetze normierten Zahlungsverpflichtungen auch tatsächlich einziehen zu dürfen und dem Interesse des einzelnen Bürgers bei der Natur des Steuerrechtes als Masserecht Ausnahmerecheinungen, die sich für ihn ungünstig auswirken begünstigend, d.h. notfalls befreiend zu berücksichtigen, wird durch § 131 AO dadurch gelöst, daß die zu zahlende Steuer dann erlassen (oder zum Teil erlassen) werden kann, wenn ihre Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre. Im Falle der Unbilligkeit überwiegt also Interesse des Bürgers an Steuerfreiheit das Interesse der öffentlichen Hand an Steuerunterworfenheit.

So anschaulich nun auch der Begriff des Interesses für eine (316) Auslegung der Steuergesetze sein mag, so fragwürdig erscheint aber andererseits das Bemühen, durch Einführung eines am Interessebegriff orientierten Rechtsdenkens die für eine rechtliche Präzisierung des Begriffes "unbillig" gesuchten - und vom Gedanken der Rechtssicherheit auch geforderten Maßstäbe aufzuzeigen.

(314) aaO.

(315) Kruse aaO.

(316) richtig verstandene teleologische Auslegung der Steuergesetze vgl. Kruse aaO.

Denn mit der gewonnenen Erkenntnis, daß der Interessenkonflikt zwischen öffentlicher Hand an Steuerunterworfenheit und einzelner Bürger an Steuerfreiheit im § 131 AO für den Fall der Unbilligkeit zugunsten des einzelnen Bürgers entschieden ist, ist noch nichts für die Beantwortung der Frage gewonnen, wann eben eine solche Unbilligkeit gegeben ist. Um zu erkennen, ob durch die Verwendung eines am Interessengedankens verhafteten Rechtsdenkens die gesuchte Antwort gefunden werden kann, ist eine kurze Darstellung dessen, was man unter Interessenjurisprudenz versteht erforderlich.

Im Gegensatz zur Ansicht der Begriffsjurisprudenz, daß die Begriffe für das Recht kausal seien, war die Tübinger Schule (317) der Meinung, alle Gesetzesgebote seien Interessenprodukte (318). Die Gesetze seien "die Resultanten oder Kraftdiagonalen der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüberstehenden und um Anerkennung ringenden Interessen". In dieser Erkenntnis besteht "der Kern der Interessenjurisprudenz" (319).

Demgemäß tritt für die Tübinger Schule der Gesetzgeber als Person hinter die gesellschaftlichen Kräfte, eben die Interessen, zurück, die sich mittels seiner im Gesetz zur Geltung bringen. "Das Schwergewicht wird von der persönlichen Entscheidung des Gesetzgebers und von seinem psychologisch verstandenen Willen zunächst auf seine Motive und weiterhin auf die ihn motivierenden Kausalfaktoren verlagert" (320).

Der Gesetzgeber erscheint so als "Transformator", er ist die "zusammenfassende Bezeichnung für die kausalen Interessen" (321).

(317) vgl. hierzu Boehmer, Grundlagen II 1 S.190-191

(318) Heck, Gesetzesauslegung S. 17

(319) aaO.

(320) Larenz, ML S. 52

(321) Heck, Gesetzesauslegung S. 64
Zum Begriff des Interesses vgl. Heck, Theorie der Rechtsgewinnung S. 26 ff.
vgl. auch Larenz ML S. 52
Gegen die weite Ausdehnung des Interessenbegriffes durch Müller-Erzbach, Die Rechtswissenschaft im Umbau S. 13;
Hegler 2 StrW 36, 21 Anm. 2a

Dies bedeutet aber, dass jeder Gesetzesauslegung eine "historische Interessenforschung" (322) vorausgehen muß. Wenn nämlich die durch das Gesetz transformierten Interessen die eigentlichen Ursachen des Gesetzesgebotes sind, dann müssen eben diese Ursachen erhellt und aufgezeigt werden, um die Gesetze, als deren "Wirkungen" richtig auslegen zu können. Heck ist der Ansicht, daß die Auslegung der Rechtsnorm "regelmäßig zwei logisch verschiedene Elemente" umfasse, "die Erkenntnis der vorhandenen gesetzlichen Gebote und der legislativen Interessen und die Verarbeitung der Erkenntnis zur Bildung des für die Entscheidung erforderlichen Gebotes". (323)

Die "Erkenntnis der vorhandenen gesetzlichen Gebote und der legislativen Interessen" kann für die Interessenrechtler nur historisch erfolgen. Für die Anwendung der historischen Interessenforschung spreche die Erwägung, "daß alle diejenigen Gemeinschaftsinteressen, welche für das Gesetz kausal geworden sind, die durch das Gesetz geschützt werden sollen, am sichersten durch diese Form der Auslegung gewährt werden". (324)

Da die Rechtsgebote normalerweise auf einer Abwägung "angeschauter" Interessen beruhen, müsse der Rechtsanwender zu erkennen suchen, "welche Interessenkonflikte bei Erlass des betreffenden Gebotes angeschaut waren und welche etwa eingreifenden Interessen die in dem Rechtsgebote vorliegende Abwägung bewirkt haben". (325)

Nun hat aber die historische Gesetzesauslegung (326) zwar beachtliche Gesichtspunkte für den Normzweck des § 131 AO ergeben, gab jedoch keine Anhaltspunkte dafür her, wann nun im einzelnen Falle eine "Unbilligkeit" gegeben ist. (327) Überhaupt weist die historische Gesetzesauslegung infolge heuristischer Mängel einen erheblichen Unsicherheitsfaktor auf, den Heck auch selbst erkannt hat. (328) Die kritische Forschung dürfte oft zu dem Ergebnis führen, daß die Interessenwertung nicht erkannt werden kann oder daß mehrere Deutungen möglich sind.

(322) Heck, Gesetzesauslegung S.59 ff

(323) Heck, aaO.S.5

(324) Heck aaO. S. 59

(325) Heck aaO. S. 94

(326) vgl. oben 3a

(327) vgl. auch oben

(328) aaO. S. 91

Die heuristischen Mängel erklären sich daraus, daß bei den legislativen Kollektiverklärungen nicht nur an die Stelle des psychologisch einheitlichen Willensvorganges eine große Zahl von "Teilakten" tritt, sondern, daß auch die Bildung der Teilwillen an Intensität einbüßt. Die Begründungen von Gesetzesvorlagen oder Änderungsanträgen rühren daher nur von einzelnen her, und es bleibt oft ungewiß, wie weit die in den Begründungen wiedergegebenen Vorstellungen in das Bewußtsein der schweigenden Mitglieder der Gesetzgebungskörperschaft gedrungen sind. Für die Beseitigung dieser dadurch gegebenen Unsicherheit stellt Heck die Maxime der Chancenbewertung auf. Auch die bloße Wahrscheinlichkeit verdiente Beachtung. Jedoch ist bei der Auslegung des Begriffs "unbillig" noch nicht einmal eine bloße Wahrscheinlichkeit irgendeines präzisen rechtlichen Gehaltes erkennbar.

Die historische Erkenntnis des Gesetzesinhaltes ist nach Ansicht der Interessenjurisprudenz bei der Rechtsanwendung eng verbunden mit einer Gebotsbildung, weil der Obersatz, die Rechtsnorm, in der Regel nicht in der angewandten Form im Gesetz vorhanden ist, sondern erst zu gewinnen ist (329). Die Möglichkeit einer einfachen Subsumtion des Sachverhaltes unter eine im Gesetz vorhandene Norm ist selten. In der Regel ist eine Verarbeitung notwendig, die von Heck als emotionale "wertende Gebotsbildung" bezeichnet wird. Die Fälle, in denen es zu einer Gebotsbildung kommt, werden Lücken genannt. Die Interessenjurisprudenz gebraucht das Wort "Lücke" in einem weiteren und einem engeren Sinne. (330) In dem weiteren Sinne soll es alle Fälle der wertenden Gebotsbildung bezeichnen, also diejenigen Fälle, in denen der Richter Rechtsschutz gewähren soll, obgleich die Subsumtion des Sachverhaltes unter den Tatbestand einer kognitiv gewinnbaren, primären oder auch ergänzten Norm nicht möglich ist, weil es an einer deckenden Norm fehlt. In einem engeren Sinne soll die Bezeichnung sich auf denjenigen Teil der Fälle beschränken, für die der Gesetzgeber die wertende Gebotsbildung weder besonders angeordnet noch als selbstverständlich vorausgesehen hat.

(329) aaO. S. 99

(330) aaO. S. 161

Die Lücken im engeren Sinne sind also die ungewollten Lücken, während Lücken im weiteren Sinne die eigentlichen Delegationsfälle und Blankette sind. Heck stellt verschiedene Gruppierungen von Lücken auf. (331)

So können die Lücken primäre, schon mit der Entstehung des Gesetzes gegebene, sein. Sie können aber auch "sekundär" entstehen dadurch, daß die Verhältnisse sich im Laufe der Zeit ändern. Die primären Lücken beruhen meistens auf Anschauungslücken, da die Fülle des Lebens sich nicht übersehen lasse, vor allem aber die begriffliche Redaktion des Gesetzes sehr schwierig sei. Die Offenheit und Mehrdeutigkeit der verwandten Worte habe notwendig eine Unbestimmtheit der Gesetzesgebote zur Folge. Ein sicherer Bedeutungskern sei von einem allmählich verschwindendem Bedeutungshof umgeben. Diese Unbestimmtheit verhindere schon für den Gesetzgeber die Bildung von Gebotsvorstellungen, welche für alle Anwendungsfälle bestimmte Ergebnisse liefern. Die sekundären Lücken ergeben sich daraus, daß die Gesetze in der Regel Dauerform des Gebotswillens sind, während die Verhältnisse, unter denen sie wirksam werden, dem Wechsel unterliegen. Der Begriff "unbillig" enthält im Sinne dieser Terminologie eine Lücke im weiteren Sinne oder nach der besonderen Heck'schen Gruppierung eine primäre Lücke. "Naglich ist nun, wie eine solche Lücke ergänzt werden soll. Hierzu stellt Heck den Leitsatz auf, daß der Richter zwar nicht auf die Berücksichtigung der Interessen beschränkt sei, die durch eine bestimmte Gesetznorm für schutzwürdig erklärt werden, daß er aber bei der Abwägung an die im Gesetze, wenn auch natürlich in nicht unmittelbar anwendbaren Vorschriften enthaltenen Werturteile gebunden sei. (332) Die Bindung an die im Gesetz enthaltenen Werturteile werde durch die historische Interessenforschung ermöglicht. (333) Nur dann, wenn gesetzliche Werturteile fehlten, könnten "die in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Werturteile" und das eigene Werturteil des Rechtsanwenders in Betracht kommen. (334)

(331) aaO. S. 168 ff.

(332) aaO. S. 226

(333) aaO. S. 230

(334) aaO. S. 238

Bei der Lückenausfüllung hat der Rechtsanwender also die beteiligten Interessen im Sinne der im Gesetz enthaltenen Bewertungsgrundsätze zu bewerten; er hat mit "denkendem Gehorsam" vorrangig die Wertungen des Gesetzgebers nachzuvollziehen. Da die Interessenjurisprudenz die vom Gesetzgeber gewählten und bevorzugten Interessen schöpferisch nachvollziehen will, um dessen Interessenbewertung in "denkendem Gehorsam" nachzuvollziehen, kann sie keine Anwendung auf die Lösung der Konfliktfälle und Interessengegensätze finden, wo eine solche Interessenwertung des Gesetzgebers fehlt; "für das Interesse, das mangels gesetzlicher Bewertung vom Richter auf eigene Hand zu bevorzugen ist, gibt diese Methode keine inhaltlichen Weisungen. Und auch abgesehen von dieser Gesetzestreue der Interessenjurisprudenz: so wichtig für die Gerechtigkeit des Urteils die zutreffende Orientierung der verbindlichen Maßstäbe an der Wirklichkeit des Streitfalles, also auch an den widerstreitenden Interessen ist, die Interessenanalyse kann noch nicht jene Maßstäbe selbst liefern." (335) Da in der AG für den Begriff "unbillig" keine gesetzliche Bewertung des zugrundeliegenden Interessesgegensatzes vorhanden ist, kann die Interessenjurisprudenz die gesuchten Maßstäbe also nicht aufzeigen.

ff) Topik

Wenn nun das Rechtsdenken des geschlossenen Systems, wie es in der Idee der Kodifikation verkörpert ist, ungeeignet ist, den rechtlichen Gehalt des Begriffes "unbillig" eindeutig herauszuarbeiten, so fragt es sich, ob nicht eine andere Art des Rechtsdenkens das vorliegende Problem zu bewältigen vermag. Neben dem axiomatisch, geschlossenen Rechtssystem gibt es nämlich noch eine andere Bauweise rechtlichen Systemdenkens, nämlich das offene, am Problem verhaftete topische Denken. Die Zuordnung rechtlichen Denkens zu der einen oder anderen Denk- und Argumentationsform ist davon abhängig, ob die leitenden Gesichtspunkte und Wertentscheidungen, wie sie in den Gesetzen zum Ausdruck kommen, "principia" sind, von denen aus axiomatisch-deduktiv geschlossen wird, oder allgemeine rechtliche Gesichtspunkte (pragmatische Gesichtspunkte materialer Gerechtigkeit bzw. rechtspolitischer Zielsetzung), die im Bewußtsein der Unzulänglichkeit des logisch-begrifflichen (axiomatischen) Systems auf einen systematischen Zusammenhang verzichten, "und als im antiken Sinne rhetorische Ausgangspunkte des Argumentierens das Problem in seinem scheinbar isolierten Sein "offen" von den allgemein anerkannten Sätzen der Vernunft, des common sense, her angehen". (336)

(335) Wieacker, Gesetz und Richterkunst S. 9

(336) Esser, Grundsatz und Norm S.44

Letztere Denkweise sieht zunächst die Besonderheiten des konkret gegebenen Falles und vergewärtigt sich mittels der aus den verschiedenen Interessengegensätzen folgenden Gesichtspunkte praktischer Art die verschiedenen Möglichkeiten einer Lösung des Konfliktes. Erst danach wird unter Zuhilfenahme des Gesetzes und durch "vernunftrechtliche Erwägungen" (337) der konkrete Fall unter Abwägung der verschiedenen Lösungsmöglichkeiten und unter Beachtung der am Fall für diese Abwägung als beachtlich entwickelten Gesichtspunkte entschieden. Hier wird unter jeweiliger erneuter Sichtbarmachung der Interessenkonflikte der Fallgruppe die gerechte Lösung am Fall, d.h. jeweils am konkreten Problem selbst erarbeitet. "Dies bedeutet aber, daß "Prinzipien" hier auch offiziell den Anspruch aufgeben, mechanische Schlüssel zu bestimmten Lösungen zu sein, und daß anstatt der dogmatischen Formel anschauliche Maßstäbe des Lebens, der Standard des bonus pater familias, des "reasonable care", usf. die Entscheidung tragen". (338)

Diese anschaulichen Maßstäbe des Lebens, an denen sich die Erörterung eines bestimmten Rechtsproblems aus Gründen der Rechtssicherheit festhalten muß, diese Stützen rechtlichen Argumentierens sind die sogenannten juristischen Topoi. (339)

Topoi sind "vielseitig verwendbare, überall annehmbare Gesichtspunkte, die im Für und Wider des Meinungsmaßigen gebraucht werden und zum Wahren hinführen können". (340)

Die Topoi orientieren sich immer am konkret gegebenen Problem, während die deduktiv-axiomatische Methode sich vorwiegend am System orientiert. Im Gegensatz zum juristischen Problemendenken, wo "das Problem durch entsprechende Umformulierung in einen vorgegebenen mehr oder weniger expliziten und mehr oder weniger umfänglichen Ableitungszusammenhang gebracht wird, aus welchem die Antwort erschlossen wird", (341) sucht sich das Problem bei der topischen Denkweise seine Topoi und damit seine Lösung selbst. Das Problem-orientierte topische Denken bewirkt eine Auswahl der vielfältigen Topoi, und zwar derjenigen Topoi, die sich zur Lösung des vorliegenden Konfliktes eignen, denn das Problem stammt aus einem immer schon vorhandenen Verständniszusammenhang.

(337) Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung S.195 ff.

(338) Esser, Grundsatz und Norm S. 219

(339) vgl. Viehweg, Topik und Jurisprudenz
3.Aufl. S. 20

(340) Topik und Jurisprudenz S. 10

(341) aaO. S. 16

Im näheren unterscheidet Viehweg zwei verschiedene Verfahrensstufen der Topik. Bei der Topik erster Stufe werden die zur Problemlösung herangezogenen Gesichtspunkte mehr oder weniger zufällig ausgewählt. In beliebiger Auswahl wird versucht zur Lösung des Falles vernünftige Gesichtspunkte für eine Konfliktsentscheidung heranzutragen. Die Topik zweiter Stufe hingegen hält für die jeweiligen Probleme einen festumrissenen und bestehenden Topikkatalog bereit. Diese Topikkataloge stellen gewissermaßen eine Sammlung all derjenigen Argumente dar, die als passend und gängig allgemein anerkannt sind und insofern vom common sense getragen werden. Nun gibt es aber " nicht nur die überall verwendbaren Topoi, von denen Aristoteles, Cicero und ihre Nachfolger handeln, sondern auch solche, die für ein bestimmtes Fach approbiert sind. Jene gelten für alle nur denkbaren Probleme und stellen weitgezogene Verallgemeinerungen dar, diese wollen einem bestimmten Problemkreis dienen. Ihre Funktion ist aber in beiden Fällen dieselbe". (342)

Juristische Topoi sind in diesem Sinne die allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkte, die zur Lösung von Rechtskonflikten verwandt werden und hierbei vom allgemeinen Standart getragen werden. " Die Funktion der Topoi, gleichgültig, ob sie als allgemeine oder besondere auftreten, besteht also darin, der Problemerkörterung zu dienen. Daraus folgt, daß sie dort ganz besondere Bedeutung haben müssen, wo es sich um bestimmte Problemkreise handelt, in deren Natur es liegt, nie ganz ihren Problemcharakter zu verlieren. Im Wechsel der Situationen und Einzelfälle müssen dann immer wieder neue Hinweise für Problemlösungsversuche gefunden werden. Die Topoi, die helfend eingreifen, erhalten jeweils ihren Sinn vom Problem her. Ihre Hinordnung auf dieses bleibt ihnen immer wesentlich. Denn im Hinblick auf das jeweilige Problem erscheinen sie nach einem durchaus nicht unveränderlichen Verständnis passend oder unpassend. Sie müssen funktionell als Orientierungsmöglichkeiten und Leitfäden des Gedankens verstanden werden. Ob sie als Begriffe oder Sätze auftreten, ist eine reine Formulierungsfrage. Nur darf nicht vergessen werden, daß ihr systematischer Wert im angegebenen Sinne notwendigerweise unerheblich sein muß. Lange Folgerungen vertragen sich nicht mit ihrer Funktion, das logische Gewicht der von ihnen aufgebauten Begriffs- oder Satzgefüge bleibt deshalb stets gering".

Für die Entscheidung der Frage, wann die Einziehung von Steuern als unbillig zu qualifizieren ist, heißt dies zunächst Folgendes: Ausgehend vom Interesse der am Konfliktsfall beteiligten Rechtspersonen - die Kategorie des Interesses ist für Viehweg ein bedeutender Topos, der seit Jhering dauernd an Gewicht zunahm und den Charakter der Rechtswissenschaft nicht unerheblich beeinflusste. (343) - sind zunächst alle diejenigen rechtlichen Gesichtspunkte, d.h. Topoi aufzusuchen, die für die Problemlösung nach dem "consensus omnium" als angemessen und passend bezeichnet werden können. Zunächst ist das Interesse der öffentlichen Hand an Erlangung der Geldmittel zur Erfüllung ihrer vielfältigen Aufgaben hervorzuheben. Daneben muß aber mit gleicher Intensität das aus dem Bekenntnis des Grundgesetzes zur Freiheit folgende Recht jedes Bürgers von staatlichen Belastungen möglichst unbeschwert zu bleiben beachtet werden. Weiter kann aus dem demokratischen Prinzip der Gesichtspunkt hergeleitet werden, daß sich ein staatliches Gemeinwesen aus lauter Einzelwesen integriert und somit staatliche Belastungen den einzelnen Bürger nicht so stark treffen dürfen, daß er in seiner Existenz bedroht ist.

Zusätzlich können allgemeine rechtsethische Prinzipien oder Wertungsmaßstäbe dahingehend befragt werden, wann denn nun die Einziehung von Steuern als unbillig zu qualifizieren ist. Überhaupt können nach Viehweg alle Gesichtspunkte, die irgendeinen sachlichen Zusammenhang zu dem Begriff "unbillig" bilden, zur Problemerkennung und Problemlösung herangezogen werden. Diese Vielfalt der zur Problemerkörterung in zulässiger Weise verwendbaren Gesichtspunkte macht deutlich, daß sich die Verwendung topischen Gedankengutes der Lösung der hier gestellten Aufgabe, nämlich der Herausarbeitung des präzisen rechtlichen Gehaltes des Begriffes "unbillig" in § 131 AO, geradezu entgegenstellt, zumindest aber entzieht. Denn wenn jedes sachnahe Argument oder jeder Gesichtspunkt, der in der Erörterung des anliegenden Rechtsproblems auch nur eine Rolle zu spielen vermag, als juristischer Topos herangezogen werden kann, dann geht letztlich jeder Maßstab darüber verloren, welcher Gesichtspunkt nun als tragend und vorrangig die getroffene Wertung letztlich begründen soll.

Auch gibt die Lehre von der topischen Jurisprudenz auch keine Angaben darüber, nach welchem Beurteilungsmaßstab die verschiedenen zur Problemerkörterung herangetragenen Topoi untereinander oder auch gegenüber problemfremden Topoi zu werten sind. Damit geht jede Möglichkeit zu einer Verfestigung und damit auch Verallgemeinerung verloren, was letztlich nicht ohne Auswirkungen auf die Forderung nach Rechtsgleichheit, die ja besonders im Steuerrecht besonders augenfällig erhoben wird, bleiben kann. Darüberhinaus ist das Topische, d.h. das am Problem die sachnahen Gesichtspunkte abwägende Denken nur eine unter mehreren Denkweisen der Rechtswissenschaft.

Viehweg scheint sich einer voreiligen Gleichsetzung von logisch-deduktivem Systemdenken und systematischem Denken einerseits und von konkretem Problemdenken mit Topik andererseits nicht entziehen zu können.

Das moderne methodische Rechtsdenken ist nicht einheitlich, bekennt sich vielmehr nachdrücklich zu einem gewissen Methodensynkretismus. (344) "Neben und in dialektischem Wechselspiel mit dem topischen Denken haben insbesondere das systematische, Urteile, Normen und Begriffe zueinander in Beziehung setzende Denken, aber auch die Prüfung denkbarer Lösungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Rechtsgefühl Anteil an der Lösung juristischer Fragen". (345)

Auch kann, wie Diederichsen (346) und Larenz (347) nachgewiesen haben, die Rechtswissenschaft nicht auf systematisches Denken verzichten, denn eine Jurisprudenz, die das geistige Gefüge der Rechtsordnung sichtbar machen will, wird notwendigerweise vom kategorialen und teleologischen Systemdenken beherrscht. (348)

Das topische Problemdenken kann also bloß aufzeigen, welche bereitliegenden Einsichten und Fragen von Fall zu Fall eine Rolle spielen können, sie kann aber, da sie nur eine Technik des Erörterns ist, für sich allein keine ausreichende Begründung für eine Konfliktentscheidung liefern.

(344) vgl. Rupp, Grundfragen Einleitung

(345) Zippelius, Problemjurisprudenz und Topik S. 2233 NJW 67

(346) Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz NJW 66, 697

(347) Methodenlehre S. 154 - 156

(348) Diederichsen aaO. S. 700 - 701

(349) Zippelius aaO.

gg) Methodenvielfalt und offenes System

Aus obigem Bekenntnis zum Methodensynkretismus, d.h. besser ausgedrückt zur Methodenvielfalt, folgt für die moderne Rechtslehre die Anforderung sich sowohl des Nutzens des systematischen Denkens bewußt zu werden, als auch die Sachnähe und somit Lebensnähe das am konkreten Problem orientierten Denkens mit in die juristische Problemlösung einzubeziehen. Auch ein am konkreten Fall verhaftetes Argumentieren, das schließlich zur Bildung eines Fallrechtes führt, kann auf die Dauer eines systematischen Zusammenhaltes nicht entbehren, welcher allein eine rationale Überprüfung der getroffenen Entscheidung ermöglicht und wegen der nur in einem System vorhandenen Orientierungshilfe die Gleichbehandlung gleichgelagerter Fälle ermöglicht. Umgekehrt bedarf jedes verfestigte systematische Rechtsdenken immer wieder der Problementdeckung und Problemlösung, ohne welche einem Rechtssystem ansonsten die Sach- und Lebensnähe aufgrund der fortwährenden Entwicklung der sozialen Wirklichkeit abgeht und die sachgerechte Entscheidungsmöglichkeit verschlossen bleibt.

Naturgemäß wird ein am Problemdenken orientiertes Fallrecht mehr zur Hervorhebung der Einzelfallgerechtigkeit neigen, wohingegen in einem vom Systemgedanken beherrschten Recht mehr der Gedanke der Rechtssicherheit hervorgehoben wird. In diesem Spannungsverhältnis zwischen gerechter Entscheidung im Einzelfall und Rechtssicherheit, d.h. Nachprüfbarkeit und Wiederholbarkeit der getroffenen Entscheidung auf gleichgelagerte Fälle ist die seit Aristoteles bekannte und unlösbare Antinomie eines jeden Rechtsdenkens begründet. Von daher wird auch verständlich, daß ein geschlossenes systematisches System immer mehr in Richtung Einzelfallentscheidung fortentwickelt wird, wohingegen ein Fallrecht im Laufe der Zeit nach immer mehr Verfestigung strebt. In dem einen Fall ist das Bedürfnis nach Gerechtigkeit des zu entscheidenden Falles, in dem anderen Fall das Streben nach Rechtssicherheit und damit im wesentlichen Rechtsgleichheit der entscheidende Antriebsfaktor.

"So wiederholt sich in allen Rechtskulturen ein Kreislauf zwischen Problementdeckung, Prinzipienbildung und Systemverfestigung", (350) und umgekehrt zwischen systematischer Erstarrung, Problemdurchbruch und Systemdurchbrechung.

(350) vgl. Esser, Grundsatz und Norm S. 7
letztlich ist Esser's gesamtes Werk von der Auseinandersetzung zwischen den sich aufeinander zubewegenden und dennoch so grundverschiedenen Denkweisen beherrscht.

Wenn aber das Fallrecht sich in einer Phase der Systembildung und systematischen Verfestigung befindet, das geschlossene systematische Recht jedoch auf dem Weg der Systemauflockerung, - Durchbrechung und einer fruchtbaren Öffnung für Problemendenken ist, dann erscheint es gerechtfertigt, die beiden gegensätzlichen Methoden juristischen Denkens miteinander zu verbinden und ein System so zu gestalten, daß den neu auftauchenden Problemen noch genügend Raum verbleibt. In einem solchermaßen offenen System sind erkannte Problemlösungen untereinander in einen die Orientierung erleichternden Zusammenhang gebracht, und neu auftretende Konflikte können mittels Vergleich bereits erkannter Problemlösungen harmonisch, d.h. ohne "die echten theoretischen Einsichten kurzweg dem positiv Geordneten als bisher nur unerkannte Weisheit des Gesetzgebers unterzuschieben" (351), in das bestehende Ganze eingegliedert werden. Fraglich ist aber, welcher Stellenwert den Rechtsbegriffen in einem solchermaßen "offen" gestalteten System zukommt oder verbleibt. Begriffe geben hier den rationalen Wertungsrahmen ab, d.h. "die begriffliche Orientierung gibt freilich vorerst nur einen Rahmen, aber in ihm siedelt sich eine Judikatur an, die außerhalb jeder Dogmatik gleichsam ziellose Billigkeits-Unika auswerfen müßte".(352)

Unter solche Begriffe kann nicht subsumiert werden, da sie als Rahmenbegriff durch Akte der Rechtsanwendung erst endgültig fixiert und fortentwickelt werden. In diesem Sinne sind die Rechtsbegriffe Knotenpunkte eines bestimmten Wertentwurfes und die Akte der Rechtsanwendung müssen den im einzelnen Rechtsbegriff hindurchscheinenden Wert möglichst beachten und neu verwirklichen.(353)

"Die fixierten Rechtsbegriffe selbst lassen sich nicht beliebig umdeuten. Denn sie sind nicht bloße Produkte von Schulgelehrsamkeit und Standeskunst, sondern jeweils Ausdruck eines immer wieder bewährten Gerechtigkeitsgebotes in einem bestimmten Sachzusammenhang. Das erklärt ihre konstruktive Bedeutung und Verlässlichkeit...; deshalb können wir diese Begriffe nicht beliebig austauschen oder einander substituieren, denn sie stellen ja jeweils eine systemgerechte Erfassung der Problemabgrenzung und -behandlung dar".

(351) Esser aaO. S.11

(352) Esser, Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil S. 14

(353) vgl. das Wort vom "law in action"

Einzig " der judicial process gestaltet den Begriff stetig um, zugleich eröffnet er aber den Zugang zu seinen konstanten Elementen, d.h. zu den Realien, die gemäß der Natur der Sache Angelpunkt der Problembehandlung bleiben". (354)
 Wenn aber in diesem Sinne der Begriff "unbillig" einen rationalen Wertungsrahmen abgibt, innerhalb dessen erst durch die verschiedenen Akte der Rechtsanwendung und Rechtsverwirklichung der Begriff "unbillig" einen festumrissenen Aussagegehalt bekommt, so bleibt dennoch fraglich, welche Wertungsmaßstäbe der Rechtsanwendung zugrundeliegen und welchen Wert sie verwirklicht, wenn sie einen so "offenen" Begriff wie den Begriff "unbillig" in der Rechtsanwendung aktualisiert oder gar fortentwickelt, oder mit Wieacker's Worten ausgedrückt: offen bleibt " wie der leere Raum auszufüllen " ist, " der sich durch die Einsicht eröffnet, daß richterliche Entscheidung weithin nicht mehr Gesetzesanwendung durch Subsumtion ist".(355)
 Hier erscheint zunächst zweifelhaft, inwieweit man für Wertungsfragen einen objektiven Maßstab überhaupt finden kann, ob es überhaupt eine objektive Wertordnung gibt, die infolge ihrer allgemeinen Zugänglichkeit auch objektive Weisungen an den Rechtsanwender geben kann. Nun ist sich die neuere Philosophie (356) darin einig, daß es eine solch objektive Wertordnung gibt, was auch dadurch bestätigt wird, daß es zu jeder Zeit übereinstimmende Bewertungen und daher Bewertungsmaßstäbe gibt, die in einer bestimmten geschichtlichen Situation überwiegend anerkannt sind und den Schluß auf eine vorhandene objektive Wertordnung ermöglichen.

(354) Esser, Grundsatz S. 209 - 212

(355) Wieacker, Gesetz und Richterkunst S. 8

(356) vgl. etwa Hartmann Ethik S. 133 ff.;
 Hessen, Lehrbuch der Philosophie II Wertlehre;
 Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik S. 269 ff.;
 vgl. auch die treffende Ablehnung des Wertsubjektivismus und - nihilismus bei Henkel, Rechtsphilosophie S. 243 - 246 und seine Herausarbeitung eines eigenen objektiven Wertrelationismus S. 246 - 249

Für den Bereich des Rechtes hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 15. Januar 1958 (357) folgendes verkündet:

" Ebenso richtig ist es aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechtes gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse.

..... Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muß, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt".

Es erscheint demnach gerechtfertigt, das Grundgesetz und insbesondere den Grundrechtsteil als solch objektive Wertordnung anzusehen, von welchem sich objektive Weisungen für die Rechtsanwendung und damit insbesondere für die Aktualisierung "öffener" Begriffe entnehmen lassen. Es ist also bei der rechtlichen Präzisierung des Begriffes "unbillig" vor allem die objektive Wertordnung des Grundgesetzes zu beachten und die dort angesprochene Wertordnung auch bei der Aktualisierung des Begriffes "unbillig" möglichst zu verwirklichen. (358)

Daß als die maßgebliche Wertordnung gerade die Wertordnung des Grundgesetzes bestimmt wird, kann rechtsdogmatisch einwandfrei wie folgt begründet werden.

Zunächst muß erkannt werden, daß das Rechtssystem des Staates eine Einheit bildet, die von der Verfassung und den in ihr enthaltenen Grundgedanken beherrscht wird. (359) Daraus folgt zwingend die Höherwertigkeit der verfassungsrechtlichen Wertordnung gegenüber jeder anderen gesetzlichen Wertentscheidung.

(357) vgl. BVerfGE 7, 205 Aktenzeichen 1 BvR 400/51

(358) vgl. Esser, Grundsatz S. 71 ff.;
Wieacker, Gesetz und Richterkunst S. 12;
Larenz, Methodenlehre S. 134;
Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte S. 151 - 155

(359) Bay. VerfGH 5, 19 n.F.

Darüberhinaus ist nach der Stufenlehre der Wiener Rechtsschule die Verfassung als die Grundnorm höchster Stufe nicht nur Geltungsgrund, sondern auch Motivationsgrund, Bestimmungsgrund der Normen niederer Stufe (360).

Als Ergebnis bleibt also vorläufig festzuhalten, daß vorwiegend die im Grundgesetz enthaltenen Verfassungsprinzipien die gesuchten Maßstäbe für eine rechtliche Präzisierung des Begriffes "unbillig" enthalten. Welche verfassungsrechtlichen Prinzipien aber hauptsächlich zu berücksichtigen sind, soll im Folgenden (361) untersucht werden.

) Die für die rechtliche Konkretisierung des Begriffes "unbillig" in Frage kommenden grundgesetzlichen (verfassungsrechtlichen) Weisungen für die Rechtsanwendung.

a.) Der Billigkeitsgedanke als in Art.20 III ~~gg~~ festgelegter Ausfluß der Gerechtigkeitsidee

aa.) Art.20 III als die mögliche verfassungsrechtliche Grundlage

Gem. Art.20 III sind vollziehende Gewalt und Rechtssprechung an Gesetz und Recht gebunden. Die Formel "Gesetz und Recht" wird verschiedentlich gedeutet. Eine Mögliche Auslegung weist auf den Gegensatz zwischen geschriebenem geltenden Recht und ungeschriebenem geltenden Recht hin. Eine andere Meinung sieht in dem Begriffspaar eine fortwährende Verweisung auf den möglichen Widerstreit zwischen Gesetz und Recht im Sinne von positivem Recht und materieller Gerechtigkeit. Nach einer gemilderten Ansicht deutet das Begriffspaar "Gesetz und Recht" nur auf eine Spannung zwischen Gesetz im Sinne von positivem Recht und Recht im Sinne von materieller Gerechtigkeit hin, der sich zum Widerspruch verstärken kann (362).

In diesem Sinne scheint es gerechtfertigt zu sein; in Art.20 III eine verfassungsrechtliche Stütze der Billigkeitsidee zu sehen, wenn man sich so gängige sprichwörtliche Redensarten wie "summum ius, summa iniuria", "Billigkeit muß das Recht meistern" und "Billigkeit ist größer als das Recht" vergegenwärtigt.

(360) Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung S.11

(361) vgl.5.)

(362) vgl. die gängigen Kommentare zum GG

Denn wenn auch nach überwiegender Auffassung die Formel " Gesetz und Recht " in Art.20 III dahin zu verstehen ist, daß das Gesetz dem weitergefaßten Begriff " Recht " vorgehen soll, so ist doch das Recht gegenüber dem Gesetz ein Mehr. (363/364)

Ob es nun rechtsdogmatisch gerechtfertigt erscheint in Art.20 III den Billigkeitsgedanken als Ausfluß der umfassenderen Idee vom gerechten Recht positiv normiert zu sehen, soll jedoch zunächst dahingestellt bleiben, bis geklärt ist, ob das Billigkeitsprinzip ein eigener Maßstab mit selbständigem rechtlichen Gehalt ist. Denn nur ein solcher Maßstab ist als gesuchte verfassungsrechtliche Weisung geeignet. Darüberhinaus kommt es nicht darauf an, ob die gesuchte verfassungsrechtliche Weisung letztlich irgendwo im Grundgesetz ausgesprochen ist, denn es gibt gerade im Verfassungsrecht auch ungeschriebene gültige Anweisungen an die Rechtsanwendung, was durch die Anerkennung eines "materiellen Verfassungsrechtes" im Gegensatz zum "positiven Verfassungsgesetz" hinreichend gestützt wird (365).

Der Billigkeitsgedanke könnte somit auch ohne ausdrückliche Positivierung im Grundgesetz eine geeignete Weisung für die durch Rechtsanwendung getätigte Konkretisierung des Begriffes "unbillig" sein, die zugleich einen Teil jener objektiven verfassungsrechtlichen Wertordnung darstellt.

(363) vgl. Jahrreiß NJW 50, Gesetz und Recht - Recht und Gesetz S. 3 ff.

(364) Von vornherein anderer Ansicht bezüglich des Verhältnisses von Recht und Gesetz ist Arthur Kaufmann in Festschrift für Erik Wolf 1962 S. 357 ff. Nach ihm ist das Recht gegenüber dem Gesetz höherrangig und das Recht habe infolge seiner Höherrangigkeit das Gesetz zu korrigieren. Das geschriebene Recht, die Gesetze, seien für eine unbegrenzte Zahl von Fällen abgefaßt worden; es sei aber auf dem Wege zum Recht, d.h. der Verwirklichung der Gerechtigkeitsidee nur eine Stufe. Demnach verhalte sich das Gesetz gegenüber dem Recht wie Wirklichkeit und Möglichkeit, d.h. wie Wirklichkeit und Idee, Aktualität und Potentialität.
vgl. S. 381.

(365) vgl. Bachof, Recht und Staat, Heft 163/164

Im Folgenden soll dementsprechend dahingestellt bleiben, ob der Billigkeitsgrundsatz in Art.20 III rechtsdogmatisch einwandfrei angesiedelt werden kann. Für die Klärung der sich im Folgenden anschließenden Frage, ob das Billigkeitsprinzip ein eigener Maßstab mit selbständigem rechtlichen Gehalt ist, wird zunächst unterstellt, daß der Billigkeitsgedanke (geschriebener oder ungeschriebener) Bestandteil der Verfassung ist.

bb.) Die Billigkeit in historischer Hinsicht

a.) Die Billigkeit im altgriechischen Rechtsdenken

Die später durch Aristoteles berühmt gewordene Unterscheidung der numerischen und der proportionalen Gleichheit nimmt Platon in seinem Alterswerk, den "Nomoi" vorweg. Die proportionale Gerechtigkeit sei die einzige wahrhaftige Gerechtigkeit, denn sie verleiht die Würden und Ehren nach der Tüchtigkeit (366). Diese proportionale Gerechtigkeit als die leitende Idee der Gesetze ist das "allgemeine Beste", d.h. die wahre Gerechtigkeit, die jedem das gewährt, " was ihm seiner natürlichen Anlage nach zukommt." (367)

In den wirklichen Gesetzen der Gemeinschaft spielt aber die numerische Gleichheit eine große Rolle, die jedem dasselbe zuteilt und "die Entscheidungen für Verteilungen dem Los überläßt." Diese numerische Gleichheit ist aber für Platon nur eine vom strengen, nach den Grundsätzen der proportionalen Gleichheit geordneten recht "recht abweichende "Billigkeit und Gnade", die dem Bedürfnis der Massen entsprechend ab und zu zur Anwendung gebracht werden muß" zur Befriedigung der Unzufriedenheit der Menge". Bei Platon steht die Billigkeit also in einem Gegensatz zur Gerechtigkeit und wird von ihm scharf abgelehnt. Der geschichtliche Hintergrund für diese scharf regierende Haltung gegenüber dem Billigkeitsgedanken war die infolge der schnellen Veränderung der sozialen Wirklichkeit des Stadtstaates Athen der Billigkeit zugefallene Funktion als eines Ersatzes der die wirkliche Gerechtigkeit nicht mehr treffenden Gesetze.

Von diesem Verständnis Billigkeit ist Aristoteles in seinem frühen Denken beeinflusst, was aus dem Vorhandensein einer stark platonisierenden früharistotelischen ethischen Auffassung verständlich wird (368).

(366) vgl. Welzel, Naturrecht S. 27

(367) Nomoi VI 5/757

(368) Trude, Der Begriff der Gerechtigkeit S.117

Erst in seiner Nikomachischen Ethik kommt Aristoteles zu der Auffassung, daß das Billige dem Recht überlegen ist (369). Die Erkenntnis, daß das Billige dem Recht überlegen ist, bezieht sich jedoch nicht auf das Recht als solches, denn dann wäre die Billigkeit eine andere Art der Gerechtigkeit, sondern die Billigkeit ist nur der auch auf den Einzelfall angewandten Gesetzes-Gerechtigkeit überlegen. Mit anderen Worten: Wegen der Unveränderbarkeit des wahren natürlichen Rechtes ist die Billigkeit nicht besser als das Gerechte überhaupt, sondern als die Anwendung des Rechtes (das heißt für Aristoteles die Anwendung des Gesetzes) auf den Einzelfall. Um dies zu verstehen muß man die nach Aristoteles gegebenen Möglichkeiten der Ethik eingehend betrachten. Die Ethik setzt Gebote für das menschliche Handeln, die über den Bereich hinausragen, der vernünftigerweise durch Gesetze geregelt wird. Dementsprechend benügen die Gebote des Rechtes nur teilweise den ethischen Forderungen. Das geschriebene Recht muß von Fall zu Fall durch die weiterreichende Forderung der Ethik fortentwickelt werden (370).

Eines der wichtigsten ethischen Gebote ist die Tugend der Gerechtigkeit. Die Tugend der Gerechtigkeit aber gehört als menschliche Verhaltensweise dem beweglichen Sein an, weshalb ihr bei ihrer Verwirklichung alle diejenigen Mängel anhaften, die mit dem beweglichen Sein notwendig verbunden sein müssen. Im beweglichen Sein, d.h. in der vielgestaltigen Wirklichkeit gibt es nichts Feststehendes, Unbewegtes (371). Da diese vielgestaltige Wirklichkeit aber die Materie und zugleich das Ziel menschlicher Handlungen ist, nimmt menschliche Verhaltensweise an ihrer Beweglichkeit teil. Damit gibt es für die Ethik als Teil menschlicher Verhaltensweise gleichfalls nichts Feststehendes, weshalb die Ethik keine Normen von unveränderlicher Geltung aufstellen kann, sondern nur Sätze postulieren kann, welche in groben Umrissen und für die Mehrzahl der Fälle nicht aber ausnahmslos für jeden Einzelfall das Richtige sagen (372).

Die Unterscheidung der Wissenschaften in solche mit vollkommener Genauigkeit und solche die lediglich in der Mehrzahl der Fälle eine zutreffende Norm geben kann, ist für Aristoteles grundlegend. (373).

(369) NE Buch V Kap.14, 1137b

(370) NE V , 14, 1137b

(371) NE II,2, 1104

(372) NE I,1,1094b; Trüde aaO.S.119 - 120

(373) NE III.5.1112b

Die Ethik aber zählt zu den Wissenschaften, deren Normen für den Einzelfall nicht mit vollkommener Genauigkeit festgestellt werden können (374). Es würde der Natur der Ethik als einer praktischen Philosophie widersprechen, wenn ihre Normen ausnahmslos Geltung hätten. Aristoteles nennt zwei Fälle, bei denen Norm und Einzelfall nicht zusammenpassen (375): Einmal kann die Allgemeingültigkeit der Norm verfehlt werden, so daß sie statt zur Allheit zur Vielheit führt, wodurch bestimmte Einzelfälle der Norm nicht mehr zugeordnet werden können. Oder es werden bei Normerlaß Fallgestaltungen übersehen, die an sich unter die Normregelung fallen müßten. Da das Recht ein Bestandteil der Ethik ist, können die Normen der Gerechtigkeit nicht in allgemeiner Form lückenlos aufgestellt werden. Es können Einzelfälle vorkommen, auf welche die allgemein gefaßte Norm nicht zutrifft (376), sei es, daß in der Norm etwas übergangen wird, oder daß durch die allgemeine, nur den Durchschnitt der Fälle, nicht die Mannigfaltigkeit berücksichtigende, sondern einfach, einfältig gefaßte Norm ein Einzelfall unrichtig erfaßt wird. Dieses Mißverhältnis der konkreten Situation zur Norm wird durch die Billigkeit gemeistert; die Billigkeit meistert also das fehlerhafte Recht. Sie ist Teil des Rechtes und Ausfluß der Gerechtigkeit, aber nicht Recht im Sinne von Gesetz, sondern von "Verbesserung und Ergänzung des Gesetzes". (377)

Die Billigkeit ist also das gegenüber dem durch seine allgemeine, einfältige (im Sinne von einfache) Fassung fehlerhaften Recht bessere Recht (378). Die Billigkeit ist deshalb nicht von anderer Art als das Recht. Und das aristotelische Prinzip von der Gerechtigkeit als dem Handeln nach dem Gesetz (Nomos-Gerechtigkeit) wird durch die Billigkeit nicht erschüttert, sondern umgekehrt verstärkt, da die Billigkeit häufig erst ein gesetzmäßiges Handeln ermöglicht, indem sie ein bestimmtes Handeln einem gesetzlichen Tatbestand zuordnet oder von ihm ausschließt. (379)

(374) NE II, 2, 1104a

(375) NE V 14, 1137b

(376) NE V, 14, 1137b

(377) NE V, 14, 1137b

(378) NE V, 14, 1137b

(379) Salomon, Der Begriff der Gerechtigkeit
S. 71

β.) Die Billigkeit im römischen Recht

Von ihrer Funktion her betrachtet, erscheint die *aequitas* als eine Quelle von Normen, aus der das vorhandene strenge Gesetzesrecht auszu-legen und zu ergänzen ist, unter besonderer Berücksichtigung der jeweils gegebenen besonderen Umstände des einzelnen Falles. Diese Funktion der *aequitas* trat besonders bei dem *ius honorarium* hervor, das dadurch gekennzeichnet ist, daß das *ius strictum*, wie es im Zwölftafelgesetz verkörpert ist, für eine gerechte und angemessene Lösung des Einzelfalles fortgebildet wurde. Im *ius honorarium* wurde das Recht des Prätors verwirklicht, das *ius strictum* durch Edikte einzuschränken oder zu erweitern, und damit das Zwölftafelgesetz, dessen auf eine bürgerliche Lebensordnung zugeschnittene Regeln für das zum Weltreich herangewachsene Rom nicht mehr ausreichten, den neuen Anforderungen anzupassen.

Aus dieser Entwicklung heraus wird verständlich, daß auch die *aequitas* für das römische Recht Gerechtigkeit bedeutet; *ius strictum* und *ius aequum* sind bloße Schattierungen der als einheitlich empfundenen Rechtmäßigkeit (380).

Ein Gegensatz zwischen *iustitia* und *aequitas* besteht also nicht, vielmehr werden die beiden Begriffe vielfach miteinander verbunden oder ausgetauscht (381). Wie die Billigkeit im spätaristotelischen Denken das auf den Einzelfall angewandte Gesetzes-Recht meistert, so überwindet im römischen Rechtsdenken die *aequitas* die mit Gesetzes- und starren Prinzipienanwendung gleichgesetzte *iustitia*, wenn diese den Anforderungen der konkreten Umstände des einzelnen Fall nicht genügt. Die spätaristotelische *Epieikeia* und die römische *aequitas* haben beide die Funktion, zur Lösung des Einzelfalles beizutragen. Ein theoretischer Unterschied zwischen der griechischen *Epieikeia* und der römischen *aequitas* ergibt sich nur aus dem verschiedenen Denkansatz. Während für das griechische Denken die Billigkeit im Bereiche der Ethik, d.h. im wesentlichen im philosophischen Bereich angesiedelt war, war den Römern infolge ihrer praktischen Lebenshaltung mehr an unmittelbarer praktischer Rechtskunst gelegen (382).

(380) Max Kaser, Römisches Privatrecht § 311

(381) Rümelin S. 27

(382) Scharr, Römisches Privatrecht S. 45

Es muß demnach der *Epieikeia* und der *aequitas* nicht nur die gleiche Funktion, sondern auch die gleiche Wertigkeit zuerkannt werden (383). Erst im spätrömischen Rechtsdenken drückt die *aequitas* ungezügelt Billigkeit aus, nur soll im Widerstreit von *ius strictum* und *ius aequum* der **Richter** die Billigkeit bevorzugen (384). Dementsprechend lieben es auch die **Kaiser** der späteren Zeit, sich ihrer *aequitas*, häufiger freilich ihrer *humanitas*, *dementia*, *benignitas* und *pietas* zu rühmen, bis denn schließlich der ursprüngliche Rechtsgehalt der Billigkeit verloren geht (385).

f.) Die Billigkeit im Mittelalter

Die Bevorzugung des *ius aequum* vor dem *ius strictum* hat im spätrömischen Rechtsdenken zu einem Eindringen ethischer Momente in das römische Recht geführt (386). Die nachklassische Epoche zieht in die richterliche Wertung Gesichtspunkte der Milde und Gnade mit ein. Diese Vermengung der römischen *aequitas* mit Milde und Gnade in der nachklassischen Epoche führte schließlich nach Aufsteigen der christlichen Glaubenslehre (387) zu einer Vermischung der römischen *aequitas* mit christlichem Gedankengut. Werte, wie Milde, Barmherzigkeit und Nächstenliebe werden mit der Billigkeit verschmolzen oder gleichgesetzt (388).

(383) aa. insoweit Kisch, Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit S. 31, der aber die römische Hinwendung zu praktischem Denken verkennt.

(384) Kaser, aaO.

(385) Rümelin, S. 26

(386) Max Kaser, Römisches Privatrecht II S.38 ff.

(387) Im Jahre 380 n.Chr. erhob Theodosius das Christentum zur Staatsreligion; gleichzeitig wurden die Bischöfe, da es Christen nicht erlaubt war, weltliche Gerichte anzurufen, zu arbitären Richtern (vgl. Dulckeit, Römische Rechtsgeschichte S. 240)

(388) Elsener, *summum ius* S. 170

Im Zuge der Vereinigung aristotelischen Denkens, römischer Rechtslehre mit der Moralthologie der Kirchenväter förderte die Kirche die germanische Billigkeitsjustiz der altdeutschen Genossenschaftsgerichtshöfe (389), über die Verschmelzung der griechischen *Epieikeia* und der römischen *aequitas* mit christlichen Werten zu einer *aequitas canonica* versucht das christliche Mittelalter, ein eigenständiges christliches Naturrecht auszuformen, dessen tragender Wert die Idee der *caritas* ist. (390) Damit beginnt die "Verchristlichung des antiken Naturrechts" (391), die schließlich in der Formel "*nihil enim aliud est equitas quam Deus*" zur Vollendung gebracht wird.

In Gratians Dekret, der ersten Summe des frühen kirchlichen Rechtsstoffes, ist besonders der Gedanke der *misericordia* vielfach angesprochen (392). Die *misericordia* soll die Strenge des geschriebenen Gesetzes nicht nur mildern, sondern gegebenenfalls sogar überwinden. Die *misericordia* ist neben *caritas* und *benignitas* der hauptsächliche Wert, welcher in der *Aequitas canonica* als ~~der~~ Inbegriffes des "Natürlich-Billigen" enthalten ist. Ähnlich drückt sich auch Thomas v. Aquin aus, wenn er sagt: "Die *Aequitas* des kanonischen Rechtes ist jene des römischen Rechtes, aber durchdrungen vom Geiste des Christentums, dem Geiste der *misericordia* und *benignitas*". (393)

Auch das weltliche Rechtsdenken des Mittelalters konnte sich dieser Entwicklung nicht entziehen. Johan Oldendorp begriff die Billigkeit als ein Urteil natürlicher Vernunft, wodurch weltliche Gesetze gemildert und auf ein rechtes Leben ausgerichtet werden (394). Allerdings muß hier beachtet werden, daß dem mittelalterlichen Denken die natürliche Vernunft stets nur im Zusammenhang mit glaubensmäßiger Erkenntnis als Durchblick zur Gesamtwirklichkeit verständlich war.

(389) Wohlhaupter, *Aequitas canonica* S.148 f.

(390) Elsener, aaO.

(391) Elsener, aaO.

(392) vgl. die Nachweise bei Elsener aaO.

(393) Th.v.Aquin 18.Band S.83 ff. Deutsche Thomas Ausgabe

(394) Erik Wolf, *Große Rechtsdenker* S. 147 ff.

Bei Bonifacius Amerbach, der auf Oldendorp fußte, nahm die Billigkeit eine Gestalt an, die über die Enge des ursprünglichen aristotelischen Anwendungsbereiches hinausführte. Sie wurde gleichbedeutend mit sittlich-gerechter Lebenshaltung und verband so griechische Philosophie, römische Rechtslehre und christliches Moraldenken zu dem einheitlichen obersten Ziel aller Rechtsanwendung, der Verwirklichung der Gerechtigkeit. Indem Amerbach "das positive Recht, ohne seine Bedeutung zu verkennen oder zu unterschätzen, den Gesetzen der wahren Philosophie und der "ars boni et aequi" " unterordnet, "so erkennt er die Grenze für diese wiederum in den göttlichen Lehren des Evangeliums, vor denen alles Menschliche zu verstummen hat " (395). So vermochte Amerbach das Recht theoretisch und praktisch mit dem philosophischen Denken und der Idee des christlichen Gottes harmonisch zu vereinigen.

§.) Die equity im englischen Recht (Die Unterschiede zum Recht der Vereinigten Staaten sind für das hier gegebene Anliegen nicht wesentlich)

Der Unterschied zwischen common law und equity ist dem angelsächsischen Recht eigentümlich. Das common law ist das gemeine Recht, das von den reisenden Richtern ("justices in eyre") gebildet wurde. Das common law ist ein Aktionenrecht, das auf dem Institut der "writs" aufbaut. Die aus dem Aktionenrecht des common law folgenden Unzulänglichkeiten sollten durch die Ausbildung eines weiteren Normenkomplexes gemildert werden. In diesem Sinne entsprechen die "actiones" des römischen ius aequum den "writs" des equity, die zur Vermeidung von Ungerechtigkeiten des zum ius strictum gewordenen common law gebildet wurden. Der Stellung des römischen Prätors war diejenige des englischen Lordkanzlers vergleichbar (396).

Die Rechtssprechung des Lordkanzlers nach den Grundsätzen der equity kam den absolutistischen Bestrebungen der englischen Monarchie entgegen, denn diejenigen, denen der strenge Formalismus des common law den Rechtsschutz versagte, konnten sich an den Monarchen als die "Quelle aller Gerechtigkeit und Gnade" wenden (397). The main principles of equity lassen sich in den folgenden elf wichtigsten "Maxims of Equity" darstellen (398):

1.) "Equity acts in personam" - Diese Maxime enthält eine Zuständigkeitsregel

(395) Kisch, Humanismus S. 161 f.

(396) Rümelin, S. 31

(397) Radbruch, Vom Geist des englischen Rechts S.32

(398) vgl. G.W.Keeton, An Introduction to Equity, London 1961; Denis Browne, Ashburner's Principles of Equity 1933 second Edition

- 2.) "Equity does not suffer a wrong to be without a remedy" - Diese Maxime enthält das Anliegen, die Lücken des ius strictum auszufüllen.
- 3.) "Equity follows the law" - Diese Maxime postuliert den Vorrang des common law.
- 4.) "Equitable Remedies are discretionary"
- 5.) Die miteinander verknüpften Maximen "Where the equities are equal, the law prevails" und "where the equities are equal, the first in time prevails" enthaltenen Weisungen, wenn sich beide Parteien gleichermaßen auf Equities berufen.
- 6.) Die beiden in ihrem Sinngehalt gleichlautenden Maximen "he who seeks equity must do equity" und "he who comes into equity must come with clean hands" fordern ein equity-würdiges Verhalten.
- 7.) "Delay Defeats Equities" - Diese Maxime enthält den Gedanken der Verwirkung.
- 8.) Mit der Maxime "Equality is equity" werden Unbilligkeiten des Strengrechts bei Miteigentumsverhältnissen ausgeglichen.
- 9.) Die Maxime "Equity looks to the ^{int}ent, and not to the form" stellt den Zweck des Rechtsgeschäftes vor der Form heraus.
- 10.) "Equity regards as Done that which ought to be done" - Diese Maxime umschreibt die "doctrine of the specific performance".
- 11.) "Equity imputes an intention to fulfil an obligation" - Diese Maxime vermutet, daß eine Leistung im Zweifel zum Zweck der Erfüllung einer Schuld erbracht wurde.

Der Normenkomplex der Equity wurde aber auch wegen seiner früher ausschließlich und einzig vorhandenen Rechtsquelle, nämlich dem Gewissen des Lordkanzlers zum Gegenstand heftiger Kritik, die in dem vielzitierten Satz von John Selden (1584 - 1654) "Equity varies as the length of the Chancellor's foot" (399).

Die Gefahr der Willkür einer unkontrolliert geübten equity suchte man daraufhin durch eine Institutionalisierung der equity zu einer allgemeinen Rechtsinstitution zu bannen. Diese Institutionalisierung hatte schließlich eine Zusammenfassung in Rechtsregeln, die Anerkennung von precedent-Bindung und die Ordnung durch doctrines zur Folge (400).

(399) Keeton aaO. S. 97

(400) vgl. Radbruch aaO. S. 32

Diese Entwicklung der equity von der ursprünglich vorhandenen Billigkeitsrechtsprechung zum systematisierten Regel-Katalog hat ihre geschichtliche Entsprechung im Werdegang des römischen ius aequum bis zu dessen endgültiger Zusammenfassung im edictum tralatium und wird von Esser durch folgende Stationen festgehalten: " Königsgerichtliche Freiheitsprechung des Kanzlers auf personaler Basis als Palliativmittel gegen die Starrheit eines rein handwerklichen Strengrechtes mit zunftmäßig bedingten Fesseln: seit Edward III.(1348/49); Institutionalisierung der Court of Chancery: seit Richard II. (Ende des XIV.Jahrhunderts); Strukturierung durch doctrines und precedent-Bindung: seit dem XVII.Jahrhundert; vorübergehende Auflockerung im Sinne freier vernunftrechtlicher natural justice im XVIII.Jahrhundert (Lord Mansfield); Einverleibung vom Gerichts-bau her: seit 1873; Einverleibung der principles in die Gebiete reiner common law-Materie: seit dem ersten Weltkrieg, konform unserer Entwicklung und der Ablösung der positivistischen analytical school durch die soziologische Richtung".(401)

Insgesamt ist festzuhalten: Die equity hat die gleiche Funktion wie im spätaristotelischem Denken die Epieikeia und die Aequitas im römischen Recht, nämlich die Milderung und die Erweiterung des ius strictum unter der Anforderung der gerechten Entscheidung des Einzelfalles. Auch ihr Ansatzpunkt ist ähnlich wie im griechischen und römischen Recht das durch das ius strictum ausgeformte strenge Recht. Die Qualifizierung des englischen Rechtes als case law vermag diese Erkenntnis nicht zu trüben, da das case law mittels der verschiedensten dogmatischen Mittel (z.B. precedent-Bindung und doctrine of stare decisis) im common law eine dem Kontinentaleuropäischen Gesetz durchaus vergleichbare Festigkeit zu erreichen vermag.

Wichtig ist aber auch die für das englische Recht bestätigte historische Tatsache, daß in allen Rechtskulturen ein Kreislauf zwischen Systemverfestigung und Systemdurchbrechung besteht, der in rechtsphilosophischer Hinsicht durch die seit Aristoteles erkannte Antinomie zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zum Ausdruck gebracht wird. Dieser Kreislauf aber zwischen Problemdeckung und Problemeingliederung und umgekehrt bringt auch die für das englische Recht typisch gewordene Vermengung des Billigkeitsrechtes mit dem Strengrecht mit sich.

"Es gehört zum Wesen des Juristischen, daß eine politisch und strukturell selbständige, weil vom Aequitasgedanken her antagonistisch wirkende Rechtsbildung für sich allein historisch ebenso erstarren mußte wie das Strengrecht, bis schließlich ihre Gerechtigkeitselemente, jeweils in den historisch erworbenen Formen (actiones), einzeln in das letztere einfließen. Formell bleibt equity wie das ius honorarium eigene Rechtsmasse, die Judicature Acts bedeuteten keine Fusion der Systeme, sondern nur der Gerichtsorganisation. Sachlich aber werden remedies at law und equitable remedies promiscue benutzt. Die Subsidiarität der equity-remedies bleibt bloße Doktrin, nachdem es fast kein Gebiet gibt, das nicht von equitable principles so durchdrungen ist, wie bei uns von Treu und Glauben, vom Rechtsscheinsgedanken, Risikoprinzip usf. Die Schulfrage, ob die "causa of action is in its nature a legal or equitable one", d.h. ob die Materie "equitable charakter" aufweist, hindert nicht die Anwendung eines equitable remedy, wenn keine "adequate remedy at law" besteht..... Denn equity ist nicht mehr (nur) "a system of jurisprudence", sondern bedeutet zugleich "the principles of standards of that system", welche in das legal system so weit eindringen, daß man schon gesagt hat: Equitable and inequitable signify just and unjust".(402)

Diese gegenseitige Durchdringung des Gesetzesrechtes (bzw. des common law) mit dem Billigkeitsgedanken und umgekehrt, läßt schließlich die Frage aufwerfen, ob überhaupt ein Billigkeitsprinzip mit eigenem rechtlichen Gehalt besteht, oder ob hier nicht andere Rechtsprinzipien am Werke sind, die nur zu einer bestimmten geschichtlichen Situation vernachlässigt worden sind, sei es, daß sie gänzlich vergessen oder daß sie nur unvollkommen zum Ausdruck gebracht worden sind. Um sich diese allgemeinen rechtstheoretischen Fragen und Probleme zu vergegenwärtigen, hierfür ist die für den kontinentaleuropäischen Juristen notwendigerweise mit einigem Abstand vorgenommene Betrachtung des englischen Rechtes,, insbesondere der historischen Entwicklung der equity, eine vorzügliche Lehrmeisterin.

§.) Der Billigkeitsgedanke in der Neuzeit.

In Kants Unterscheidung zwischen Rechts- und Tugendlehre wird die Billigkeit dem Bereich der Tugendlehre zugeordnet (403). Die Rechtslehre behandelt die "äußeren Pflichten", d.h. die Pflichten, die für das Bestehen einer menschlichen Gemeinschaft erforderlich sind und deshalb auch von den gerichtlichen Institutionen erzwungen werden können.

(402) Esser, Grundsatz S.64

(403) Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre Einl. Anhang I

Die Tugendlehre dagegen behandelt die "inneren Pflichten" des Menschen, das sind diejenigen Anforderungen, die an die eigene Glückseligkeit und Vollkommenheit gestellt werden. Da nun aber demjenigen, der Billigkeit fordert, "die für den Richter erforderlichen Bedingungen mangeln, nach welchen dieser bestimmen könnte, wie viel, oder auf welche Art dem Anspruche desselben genug getan werden könne" (404) der Unbilligkeit m.a.W. "auf dem Wege des Rechtes nicht abzuhelpen" ist, ist die Billigkeit eine "stumme Gottheit".

Für Hegel (405) ist die Billigkeit ein Abbruch vom positiven Recht. Denn der objektive Geist als einzige Rechtsquelle kennt nur das staatlich gesetzte Recht, was aus der Hegel'schen Gleichsetzung von Staat und objektivem Geist folgt. Insofern wird die Hegel'sche Formulierung verständlich, daß die Billigkeit "einen dem formellen Rechte aus moralischen oder anderen Rücksichten geschehenen Abbruch" enthält (406). Jedoch anerkennt auch Hegel den Billigkeitsgedanken, denn "ein Billigkeitsgerichtshof wird die Bedeutung haben, daß er über den einzelnen Fall, ohne sich an die Formalitäten des Rechtsganges und insbesondere an die objektiven Beweismittel, wie sie gesetzlich gefaßt werden können, zu halten, sowie nach dem eigenen Interesse des einzelnen Falles als dieses, nicht im Interesse einer allgemeinen zu machenden gesetzlichen Disposition, entscheidet" (407). Bei Hegel ist also die Billigkeit eine gelegentlich anwendbare regula correctrix (408), der die Funktion zukommt, Rechtszersplitterung zu vermeiden.

Eduard v. Hartmann (1842 - 1906) erblickt in der Billigkeit ein Prinzip der Vernunftmoral (409). Vernunftmoral ist nach ihm die Ausrichtung des menschlichen Handelns im Sinne einer vorausgesetzten Zweckordnung. Die Krönung der Vernunftmoral ist ihm das Moralprinzip des Zweckes, welches auf den niemals völlig erkennbaren universalen Zweck der Welt hingerrichtet ist. Im Gegensatz zur reinen Vernunftmoral haftet der Billigkeit wegen ihrer Nähe zum Mitleid ein instinktives Moment an, weshalb sie auch nicht als höchste Instanz der Vernunftmoral fungieren kann. Ihre Aufgabe ist vernunftmäßige und instinktive Kritik der von der reinen Vernunftmoral infolge deren notwendigerweise fehlerhaften Ausrichtung auf den Weltzweck gesetzten zweckwidrigen Satzungen.

(404) Kant, aaO.

(405) vgl. Grundlinien der Philosophie des Rechtes
§ 223

(406) aaO.

(407) Hegel aaO.

(408) Hegel aaO.

(409) Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins
S. 534 ff.

1.) Der Billigkeitsgedanke in der deutschen
Jurisprudenz des 20. Jahrhunderts

1.) Binder

Nach Binder (410) verhalten sich Billigkeit und Gesetz wie These und Antithese. Die Geschichte des Rechtes ist ein dialektischer Prozeß, der die dialektischen Gegensätze von Billigkeit und Gesetz in die höhere einheitliche Synthese von der Idee des billigen Rechtes hebt. So wird die Billigkeit, die die Fortentwicklung der dem Rechte zugrundeliegenden Sozialtatsachen berücksichtigt zur "Richterin über die "Gesetzes-Gerechtigkeit". Die Billigkeit wird immer gegen das strenge, als veraltet empfundene Recht streiten und im Widerstreit mit dem alten Gesetzesrecht neues Recht schaffen. Aber auch das neu gewonnene Recht unterliegt gleichfalls wieder diesem dialektisch historischem Wechselspiel. Aus diesem auch in der empirischen Wirklichkeit nachweisbaren dialektischen Prozeß folgert Binder für die Rechtsidee: "Das dialektische Wesen des Rechtes.... und das darin begründete Verhältnis von Gerechtigkeit und Billigkeit ist nur denkbar von unserer Auffassung vom Wesen der letzteren und des Rechtes als der durch die Idee des Rechtes bedingten empirischen Gegebenheit. Gäbe es ein Idealrecht, was voraussetzen würde, daß es einen Sinn hätte, von Verwirklichung der Ideen in der empirischen Welt zu sprechen..., dann wäre es undenkbar, daß neben der Idee des Rechts noch eine andere Idee zur Bewertung des Rechts dienen könnte.... Gerade darin, daß das Wesen der Rechtsidee ein ganz anderes ist, scheint es.... dagegen begründet, daß das Recht sich nicht darin genügen darf, gerecht zu sein, sondern daß es gerecht und billig sein soll und sein kann (411).

2.) Esser

Für Esser bleibt die Billigkeit " der ewige Gegenspieler des Abstrahierungsvorganges in rules in Tatbeständen und festen Rechtsfolgen".(412) Jedoch ist der Billigkeitsgedanke immer nur ein zusätzliches Stück der Begründung; er ist kein eigener Maßstab, sondern gewissermaßen nur "starting point" für die richterliche Rechtsfortbildung.

(410). Philosophie des Rechtes 405 ff.

(411) aaO. 407 f.

(412) summum ius S. 24

Für Esser enthalten die Billigkeitsklauseln eine Ermächtigung zu richterlicher Institutionenbildung, was dazu beiträgt, daß auch echte Billigkeitsurteile dem kodifizierten Recht scheinbar entnommen werden können, indem echte Billigkeitseinsichten "kurzweg dem positiv Geordneten als bisher nur unerkannte Weisheit des Gesetzgebers" (413) untergeschoben werden. Diese "kurzsichtige positivistische Taktik" führte zu einer Vermengung von Billigkeitsrecht und Strengrecht, womit die Billigkeit "ihr ursprünglich gebietlich abgegrenztes Monopol größtenteils an den Billigkeitsgedanken abgegeben hat... Infolgedessen wird sie heute gar nicht mehr als ethisierendes Rechtsprinzip eigener Art anerkannt, sondern nur noch als notwendige Perspektive sozialer Gerechtigkeit innerhalb des gleichen Ordnungssystems" (414). Erst in der richterlichen Rechtsfortbildung wird der Billigkeitsgedanken mit präzisen rechtlichen Gehalten ausgeformt.

3.) Hering

Die Billigkeit ist für Hering (415) eine naturrechtliche Idee, die auch durchweg in Korrelation zum Naturrechtsgedanken auftrat. Das Problem der Billigkeit sei ein unabdingbares Problem des Rechts. Da die Billigkeitserkenntnis auf je "neue Ordnungspartzellen und Korrelationen" verweist, ist sie ein "stetiges Moment" der Gesetzesverbesserung. "Sie fungiert durchweg als Entwurf jeweilig besseren Rechtes".

4.) Radbruch

Radbruch greift wieder auf Aristoteles zurück und bestimmt die Billigkeit als die Gerechtigkeit des Einzelfalles und als einen Teil der Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen. "Die Gesetzesgerechtigkeit sieht den Einzelfall unter dem Gesichtspunkte der allgemeinen Norm, die Billigkeit sucht im Einzelfall sein eigenes Gesetz, das sich schließlich aber gleichfalls zu einem allgemeinen Gesetz erheben lassen muß, - denn die Billigkeit ist gleichwie die Gerechtigkeit letzten Endes generalisierender Natur" (417). Billigkeit und Gesetzesgerechtigkeit sind, da sie aus jeweils entgegengesetzten Antinomien der Rechtsidee folgen, miteinander nicht schlechthin vereinbar (418). Es muß den konkreten Anforderungen des einzelnen Falles überlassen bleiben, ob der Gesetzesgerechtigkeit oder der Billigkeit der Vorrang zu geben ist.

(413) Grundsatz S. 11

(414) Grundsatz S. 65

(415) aaO. S.109 ff.

(416) Rechtsphilosophie S. 127

(417) aaO.

(418) vgl. aaO. S. 170 ff.

5.) Rümelin

Ähnlich wie Esser leugnet auch Rümelin (419) die Billigkeit als eigenes selbständig wirkendes Rechtsprinzip (420). Der Hinweis auf die Billigkeit gibt nach ihm keinerlei positive Grundsätze an die Hand. "Es liegt nichts anderes vor als ein Verzicht auf die Aufstellung inhaltlich bestimmter Regeln, nur eben ein unter Umständen unvermeidlicher Verzicht. Es ist gerade so, wie wenn man den Richter anweisen würde, er solle gerecht urteilen" (421). Deshalb sind auch die sogenannten Billigkeitsprinzipien nicht brauchbar. Aber dennoch stellt sich Rümelin durchaus positiv (422) zur Billigkeit und hebt besonders die kontrollierende Funktion der Billigkeit, d.h. die Überprüfung der Entscheidung am Rechtsgefühl hervor. Andererseits lehnt es Rümelin auf das Entschiedenste ab, die Rechtsanwendung auf reine Billigkeitserwägungen zu stützen (423). Rümelin's differenzierte Haltung (424) der Billigkeit ergibt sich insbesondere aus der Bemerkung, daß Prinzipien der Gleichheit, der Vergeltung und des Ausgleichs zwischen Verdienst und Lohn dem Billigkeitsgedanken immanent seien, daß diese leitenden Gesichtspunkte für die Billigkeitserwägung als Maßstäbe jedoch zu unbestimmt seien, um mit ihrer Hilfe konkrete Ergebnisse erzielen zu können (425).

Für Rümelin ist die Billigkeit - wie bei Esser, nur nicht in derselben ausgeprägten Form - offener Aufhänger oder im Sinne der Esser'schen Terminologie "starting point" für eine richterliche Rechtsfortbildung.

6.) Karl Schmitt

Im "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" findet die Billigkeit den ihr eigentümlichen Anwendungsbereich. Denn das Schmitt'sche "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" ist schon seinem Begriff nach ausgerichtet auf die wirklich bestehende soziale Welt, m.a.W. auf die Ordnung, wie sie wirklich ist und wie sie, dem natürlichen Drange nach Vollkommenheit entsprechend und den realen Möglichkeiten gemäß, gestaltet werden kann. Ein solches rechtswissenschaftliches Denken ordnet nicht alle neu auftretenden Probleme dem positiv gegebenen unter, sondern leugnet den Totalitätsanspruch des kodifizierten Systems und hält sich offen für alle neuen Entwicklungen.

(419) Die Billigkeit S. 64

(420) vgl. auch Esser Anm. 200 Grundsatz

(421) aaO. S. 64

(422) aaO. 78 - 79

(423) aaO. 79

(424) vgl. Hering Billigkeit S. 71

(425) aaO. S. 62

In diesem Sinne wird das Billigkeitsprinzip als ein spezifisches Mittel des neuen rechtswissenschaftlichen Denktypus gehandhabt, nämlich des "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens" (426). So treten "auch im Steuerrecht, dessen Bestimmtheit für das rechtliche Denken in gleicher Weise von grundsätzlicher Bedeutung ist, an die Stelle der ausgefeilten, aus dem Privatrecht übernommenen, scheinbar juristisch festen, Begriffe andere, auf die wirtschaftliche und soziale Wirklichkeit unmittelbar Bezug nehmende Rechtsbegriffe" (427). Bei "steuergesetzlichen Fragen wird daher sofort und unmittelbar der innere Ordnungszusammenhang der staatlichen, sozialen und völkischen Lebens- und Gemeinschaftsordnung sichtbar" (428). Bei Karl Schmitt findet der Billigkeitsgedanke als Ausformung des "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens", welches die Starrheit des kodifizierten Positivismus überwinden kann, gebührende Anerkennung. Jedoch auch für ihn ist die Billigkeit kein eigenes Rechtsprinzip mit unmittelbarer für konkrete Rechtsprobleme zu findender Aussagekraft. Der Rechtsanwendung kommt die Aufgabe zu die neue Ordnung, d.h. die fortentwickelte soziale Wirklichkeit, rechtlich neu zu erfassen und vorhandene Generalklausel zu präzisieren. In diesen rechtsschöpferischen Zusammenhang muß die Billigkeit eingeordnet werden.

cc.) Billigkeit kein selbständiger Maßstab

Nach heute wohl überwiegender Ansicht ist die Billigkeit ein funktioneller Begriff. Ihr kommt die Funktion zu, die jedem Gesetz anhaftenden Unzulänglichkeiten möglichst zu beseitigen. Die Billigkeit ist ein dem Gesetz akzessorisches, funktionelles Element, welches positiv-rechtlich nicht erfaßt werden kann, denn die tragenden Gründe einer rechtlichen Problemlösung folgen aus dem anzuwendenden Gesetz, welches die Billigkeit in ihrer korrigierenden Funktion nur fortbildet. Hinsichtlich dieser funktionellen Seite muß man bei der Billigkeit unterscheiden die Funktion als Maßstab der Kritik, als Auslegungs- und Fortbildungsprinzip und als Korrektur des positiven Rechts (429). Übertragen auf den Konflikt zwischen Fallgerechtigkeit und System übernimmt die Billigkeit die Hauptlast der Fallgerechtigkeit. Aber schon im Normkomplex der equity haben wir gesehen, daß mit dem Billigkeitsgedanken die gesamte gegenüber dem Strengrecht erfolgte Rechtsfortentwicklung umrissen wird.

(426) vgl. Karl Schmitt, über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens S. 58 ff.

(427) Schmitt, aaO. S. 61

(428) aaO. S. 63

(429) Rümelin S. 56

Billigkeit ist das gegenüber der Starrheit des ius strictum wirkende auf Entwicklung drängende Rechtsprinzip, innerhalb dessen die verschiedensten rechtlichen Maßstäbe Geltung beanspruchen und sich Achtung in der neu geformten Rechtswirklichkeit verschaffen. Billigkeit ist kein eigener Maßstab, sondern umfaßt nur eine Seite des in jeder Rechtskultur vorhandenen Kreislaufes zwischen Problem-entdeckung, Prinzipienbildung und Systemverfestigung. In diesem Sinne ist auch equity kein eigener für die richterliche Entscheidung nützlicher Wert, sondern nur die innerhalb des mit dem Begriff equity umrissenen Normplexes ausgeformten "maxims of equity". So bleibt Billigkeit der ewige Gegenspieler des Abstrahierungsvorganges in Gesetzen mit fest umrissenen Voraussetzungen und Rechtsfolgen; sie ist aber ebenso wenig ein eigener rechtlicher Maßstab wie der Begriff vom Gesetz. Die oftmals gestarteten Versuche, zur genaueren Bestimmung des Billigkeitsgedankens den Gleichheitssatz heranzuziehen (430), sind schon im Ansatzpunkt verfehlt (431) und die aequalitas als Billigkeitsprinzip gründlich mißverstanden. Billigkeit hat keinen eigenen positiv-rechtlichen Gehalt; sie ist nur die zusammenfassende Umschreibung des Rechtsvorganges, welcher im Wirksamwerden von allgemeinen Rechtsgedanken unabhängig vom Gesetz deutlich wird.

Diese allgemeinen Rechtsgedanken rechtfertigen sich "aus der Natur der Sache oder der betreffenden Institution", und sie bilden "ein funktionsnotwendiges Stück jeder Einzellösung, die zu dem gemeinsamen Problembereich" gehört, der von ihnen betroffen wird. (432)

Mit dem Begriff der Billigkeit wird folgender Vorgang umschrieben: "Eine bestimmte reale Sachproblematik erzwingt die Entwicklung einer Lösung, die zunächst noch kasuistisch, ohne Prinzipien-suche und -nachweise erfolgt, dann sich pragmatisch an diese oder jene passende Quellenstelle anlehnt, von denen man erst, wenn die Systemwidersprüche nicht länger zu verdecken sind, zugibt, daß man sie nur benutzt, um ein über sie hinausführendes Rechtsprinzip systematisch abzustützen". (433). Dieser Vorgang der Rechtsfortentwicklung ist der Herrschaftsbereich der Billigkeit.

(430) vgl. Rümelin S. 62; Steinhauer Diss.Köln S. 26 - 27; v.Bodungen Diss.München S.170 ff. usf.

(431) vgl. später unten

(432) Esser, Grundsatz S. 5

(433) Esser, Grundsatz S. 164

Hier wird ihre Bedeutung als *naturalis iustitia* im Gegensatz zum positiven Gesetz und zugleich als *epieikeia* im aristotelischen Sinne, nämlich als immanente Korrektur der Gesetzesgerechtigkeit aus der Einzelfallgerechtigkeit heraus deutlich (434).

Diese beiden grundlegenden Bedeutungen der Billigkeit sind untrennbar miteinander verwandt und bilden in ihrer Verbundenheit jenes Prinzip der Rechtswirklichkeit aus, das mit den Worten Systemauflöserung und -durchbrechung umschrieben werden kann. Das französische Obligationenrecht und der Anwendungsbereich unseres § 242 BGB sind treffende Beispiele für diese Entwicklung. Festzuhalten bleibt aber, daß die Billigkeit keinen selbständigen rechtlichen Maßstab beinhaltet, sondern nur den Rahmen für eine bestimmte Rechtsentwicklung abgibt, die in jeder Rechtskultur - unabhängig ob case law oder kodifiziertes Systemdenken - zu einem gewissen Zeitpunkt beginnt sich herauszuformen, bis sie selbst wieder erstarrt und ihre Gerechtigkeitselemente in das ursprüngliche Strengrecht einfließen. In diesem Sinne ist Billigkeit nach einem Wort Rümelins (435) "ein Doppeltes: einmal das dem Rechtsgefühl des Urteilers und des Volkes entsprechende Recht und ferner das Recht, das der richterlichen Rechtsfindung, der Würdigung der Umstände des Falles, Spielraum gibt". Ersterer Gesichtspunkt umschreibt die Entfremdung des Gesetzes von der sich fortentwickelnden sozialen Wirklichkeit, bis dann schließlich in einem längeren untersehwellig verlaufenden Prozeß das Einleuchten, "die inventio eines bisher noch ungeformten Gedankens, plötzlich eine überzeugende, von bloßer Interpretation und Konstruktion des positiv vorhandenen Abstand nehmen- de Formulierung findet" (436), welche die Rechtswirklichkeit mit dem Rechtsgefühl des Urteilers und dem Volke wieder in Übereinstimmung bringt.

Der zweite Gesichtspunkt obiger Formulierung betrifft den technischen Vorgang, innerhalb dessen sich das billige neue Recht verwirklicht und der gekennzeichnet ist durch die judizielle Ausprägung des noch unbestimmten offenen Rechtsgedankens zu einer festen Weisung für Fälle gleichliegender Art. Billigkeit ist also nur ein Sammelbegriff für alle Elemente, welche die Auflösung und Durchbrechung der logischen Strenge der dogmatisch präzise fixierten Institutionen bewirken und den außerhalb des Strengrechts selbständig wirkenden Rechtswerten zur Geltung verhelfen.

(434) Esser, *summa ius* S. 29

(435) aaO. S. 56

(436) Esser, *Grundsatz* S. 52

b.) Die Billigkeitsvoraussetzung als Ausfluß
des Gleichheitsgrundsatzes

aa.) Die verfassungsrechtliche Positivierung

Das Grundgesetz geht von der Freiheit und der Gleichheit als den fundamentalen Grundwerten der staatlichen Ordnung aus (437). Da die Anerkennung der Würde des Menschen und der damit verbundenen freiheitlichen Lebensgestaltung jedem Menschen zukommen muß, die Mitglieder der staatlichen Gemeinschaft insoweit gleich sind, ist das Prinzip der Gleichbehandlung aller für die freiheitliche Demokratie eine selbstverständliche Forderung (438). Die Gleichheit vor dem Gesetz "gehört so sehr zu den Grundbestandteilen unserer verfassungsmäßigen Ordnung, daß auf den überpositiven Rechtsgrundsatz zurückgegriffen werden müßte, wenn der Gleichheitsgrundsatz nicht in Art. 3 GG geschriebenes Verfassungsrecht geworden wäre" (439). Der in Art. 3 GG verankerte Gleichheitsgrundsatz ist also unabdingbarer Bestandteil unseres Verfassungsrechtes. Seine Geltung ist so sehr Voraussetzung für das Bestehen einer freiheitlich konstituierten Demokratie, daß er auch ohne schriftliche Niederlegung im Grundgesetz positives Verfassungsrecht wäre.

bb.) Die Ansicht der h.M.

a.) Der Gleichheitssatz

Die Freiheitsgrundrechte gewährleisten dem einzelnen Bürger einen Freiheitsraum, der durch staatliche (hoheitliche) Eingriffe nicht verletzt werden darf. Der Gleichheitssatz gewährleistet dagegen ein bestimmtes gedankliches Verfahren bei der Gewinnung von Rechtsfolgen; er gewährleistet eine bestimmte Behandlung, nämlich Gleichbehandlung. Eine Ungleichbehandlung verletzt den Gleichheitssatz, wenn die geregelten Sachverhalte gleich sind. Sie steht dagegen mit dem Gleichheitssatz in Einklang, wenn die ungleich geregelten Sachverhalte auch ungleich sind und die unterschiedliche Regelung gerade eine Folge der Ungleichheit ist. "Die Frage ist, welche Sachverhalte gleich sind und deshalb nicht ungleich geregelt werden dürfen. Hierauf gibt es keine für allemal feststehende Antwort. Denn eine Übereinstimmung mehrerer Sachverhalte kann stets nur in Bezug auf ein oder mehrere Merkmale festgestellt werden, während andere Merkmale differieren können. Absolute Übereinstimmung in allen Merkmalen, einschließlich der zeitlichen und räumlichen Bestimmtheit, ist logisch ausgeschlossen; sie würde Identität bedeuten".

(437) BVerfGE 2, 12

(438) BVerfGE 5, 205

(439) BVerfGE 1, 233

Es kann daher nur darauf ankommen, ob die Sachverhalte im wesentlichen gleich oder ungleich sind. Was hinsichtlich eines Sachverhaltes wesentlich ist, ist keine auf Grund logisch-begrifflicher Erwägung zu treffende Entscheidung, sondern auch eine rechtspolitische Frage. Sie kann nicht losgelöst davon getroffen werden, welche Regelung erfolgen soll und welcher Zweck mit ihr verfolgt wird. Der Gleichheitssatz verbietet es also, wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln, wobei das, was wesentlich gleich ist, sich aus der Natur der Sache und aus der Rechtsordnung zu ergeben hat. Bezogen auf das subjektive Recht des einzelnen Staatsbürgers auf Gleichbehandlung heißt das: Der Gleichheitssatz verleiht dem (unerheblich) Ungleichem die Rechtsmacht, zu verlangen, daß er wegen seiner Ungleichheit nicht auch ungleich behandelt werde (440). Der Gleichheitssatz geht davon aus, daß Sachverhalte irgendwie immer ungleich sind. Die Frage ist also nicht, ob man völlig Gleiches ungleich behandeln dürfe (das verbieten schon die allgemeinen Grundsätze des Rechtsstaates), sondern inwieweit Ungleiches wegen der Ungleichheit einer differenzierenden Behandlung unterworfen werden darf. In diesem Sinne ist die obige Formulierung von Ipsen zu verstehen: Der Gleichheitssatz verleiht dem unwesentlich Ungleichem die Rechtsmacht zu verlangen, daß er wegen seiner unwesentlichen Ungleichheit nicht auch ungleich behandelt werde. Die Rüge der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes besteht darin, daß die vorhandenen unterschiedlichen Tatbestandsmerkmale so unwesentlich, so unerheblich sind oder von der Verfassung für unwesentlich erachtet werden, daß eine differenzierende Regelung inadäquat und sachfremd (willkürlich) sein müßte. Der Ungleiche muß also unter gewissen Umständen, nämlich bei nicht relevanter Ungleichheit, gleich behandelt werden. Der Inhalt des Gleichheitssatzes kann also dahingehend zusammengefaßt werden, daß "Gleiches gleich, Ungleiches entsprechend seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist".(441)

Der Grundsatz der Gleichbehandlung gilt auch im Steuerrecht; er verdichtet sich hier sogar zum Grundsatz der Steuergerechtigkeit (442). Denn die steuerliche Gerechtigkeit soll "die gleichmäßige Behandlung der Steuerpflichtigen (Art.3 GG) sein". (443)

(440) Ipsen, Grundrechte Bd.II S.111 ff. S. 181

(441) vgl. BVerfGE 1,52 ; 3,135 f.

(442) BVerfGE 6,55

(443) BFH, BStBl 58, S.442

Der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung ist aber nur eine Abwandlung des Gleichheitssatzes, welcher eine gleichmäßige wirtschaftliche Belastung durch die im Steuergesetz angeordneten Rechtsfolgen gewährleisten soll (444).

β.) Das Problem des Maßstabes

Ob nun mehrere Sachverhalte gleich oder ungleich sind, also eine Gleich- oder Ungleichbehandlung erfordern, kann nur mittels Vergleichens festgestellt werden. Es werden hierbei aber nicht die Vergleichsobjekte als solche miteinander verglichen, sondern von diesen werden einzelne Merkmale abstrahiert und diese einzelnen oder auch mehreren Eigenschaften werden miteinander verglichen. Verdeutlicht am Vergleich von zwei Uhren heißt das: zwei Uhren werden miteinander verglichen, indem man bestimmte Merkmale wie Größe oder verwandte Metalle losgelöst von den konkret gegebenen Uhren betrachtet und anhand des gewählten Maßstabes, in Bezug auf den gewählten Maßstab vergleicht. Wählt man als Maßstab die Form, so mag die eine Uhr rund und die andere quadratisch sein; wählt man die Größe, so mag die eine größer, die andere aber kleiner sein; betrachtet man dagegen beide Uhren in Bezug auf ihre Funktion, so kommt beiden die gleiche Funktion, nämlich Zeitmessung zu. Je nach dem gewählten Maßstab ist also Gleichheit oder Ungleichheit gegeben. Der Maßstab, an welchem der Vergleich ausgerichtet ist, bestimmt also vorwiegend das Ergebnis, d.h. je nach der subjektiven Entscheidung des Vergleichenden, unter welchen ganz besonderen Merkmalen er die Vergleichsobjekte, die er, wenn er wollte auch unter ganz anderer Blickrichtung vergleichen könnte, vergleichen will, wird eine Gleich- oder Ungleichbehandlung vorliegen. Absolute Gleichheit kann nur dann das Ergebnis des Vergleiches sein, wenn als Vergleichsmaßstab ein einziges von den Vergleichsobjekten abstrahiertes Merkmal isoliert herangezogen wird, wie bei unserem obigen Beispiel die Funktion von Uhren, die Zeit zu messen, oder wenn die Vergleichsobjekte absolut gleich sind, dann aber wäre Identität gegeben. Der Begriff der Gleichheit enthält demgemäß also die Ungleichheit, denn Unterschiedenheit der Vergleichsobjekte ist Voraussetzung für deren Gleichheit. Nur das Verschiedenartige kann gleich sein. So sind die Menschen in Bezug auf ihre Persönlichkeit verschiedenartig, in Bezug auf die Gattung aber gleich.

(444) Zur Frage, ob das Gerechtigkeitsgebot dem Gleichheitsgebot entspricht vgl. Böckenförde. Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters S. 70

Deshalb ist Gleichheit "juristische Abstraktion von tatsächlicher Ungleichheit" (445) unter einem bestimmten Gesichtspunkt. Der Vergleichende muß sich für einen Maßstab, anhand dessen er vergleichen will, entscheiden. Da aber je nach Art des gewählten Vergleichsmaßstabes eine Gleich- oder eine Ungleichbehandlung gegeben ist, verdichtet sich die Frage nach dem Vergleichsmaßstab zur Frage nach dem zulässigen Vergleichsmaßstab. Denn offenkundig würde der Gleichheitsgrundsatz ins Leere weisen, wenn jeder Vergleichsmaßstab zulässig wäre. Die Frage nach dem zulässigen Vergleichsmaßstab kann aber nicht losgelöst davon getroffen werden, welche Regelung erfolgen soll und welcher Zweck mit ihr verfolgt wird. Art. 3 GG enthält keine Aussage darüber, nach welchem Vergleichsmaßstab eine rechtliche Regelung auf eine Gleich- oder Ungleichbehandlung hin untersucht werden kann. Die zulässigen Maßstäbe müssen außerhalb des Art. 3 GG gesucht werden. In Betracht kommen nicht alle denkbaren Maßstäbe, sondern nur solche, "denen aus Erwägungen der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit auch für das Recht unterscheidende Bedeutung zukommt. Dies zu entscheiden ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers" (446). "Das Ermessen des Gesetzgebers findet jedoch seine Grenze nicht nur im Willkürverbot und in den Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes (447), sondern auch in sonstigen Grundsatznormen, in denen für bestimmte Bereiche der Rechts- und Sozialordnung Wertentscheidungen des Verfassungsgebers ausgedrückt sind" (448).

Sind sich nun die Vergleichstatbestände unter der Verwendung eines bestimmten von der verfassungsrechtlichen Ordnung akzeptierten Vergleichsmaßstabes gleich, so fordert der Gleichheitsgrundsatz, daß sie auch gleich zu behandeln sind. Sind jedoch die Vergleichstatbestände in bezug auf einen solchen Maßstab ungleich, so ist eine ungleiche Behandlung im Sinne relativer Gleichheit, die jedem nicht das Gleiche, sondern das Seine gibt, erforderlich. Fraglich ist also, welcher verfassungsrechtlich zulässige Vergleichsmaßstab im Steuerrecht den Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Betrachtung bilden kann. Hier ist zu beachten, daß es weitgehend im Ermessen des Gesetzgebers liegt, welchen Maßstab er für Steuerordnung verwendet. Er kann sich insbesondere von finanzpolitischen, volkswirtschaftlichen, sozialpolitischen oder steuer-technischen Erwägungen leiten lassen (449).

(445) Bachof DöV 1951, 589

(446) BVerfGE 3, 240

(447) Art. B II, III

(448) BVerfGE 6, 70

(449) BVerfGE 13, 6

Die Gestaltungsfreiheit des Steuergesetzgebers endet erst dort, wo die gleiche oder ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist (450), wo also entweder ein völlig sachfremder Vergleichsmaßstab zur formellen Rettung des Gleichbehandlungsgebotes herangezogen wird oder ein solcher Maßstab sogar grundgesetzlichen Wertentscheidungen widerspricht, mit anderen Worten gesetzgeberische Willkür vorliegt. So ist bei Verkehrs- und Verbrauchssteuern eine formale Gleichbehandlung zulässig, da der jeweilige Steuergegenstand persönliche Verhältnisse hier unberücksichtigt läßt (451).

Anders jedoch bei der Vermögens- und Einkommensteuer; hier würde eine "formale Gleichbehandlung von Reich und Arm durch Anwendung desselben Steuersatzes dem Gleichheitssatz widersprechen. Hier verlangt die Gerechtigkeit, daß im Sinne der verhältnismäßigen Gleichheit der wirtschaftlich Leistungsfähigere einen höheren Prozentsatz seines Einkommens als Steuer zu zahlen hat als der wirtschaftlich Schwächere" (452). Fraglich ist nun, welcher Vergleichsmaßstab im Steuerrecht Gültigkeit beanspruchen kann, wenn einmal der Schwerpunkt der rechtlichen Regelung auf der numerischen Gleichheit (so bei Verbrauchs- und Verkehrssteuern) fußt und ein anderes Mal die proportionale Gleichheit (so bei den Steuern vom Einkommen und vom Vermögen) verwirklicht werden soll. Entscheidend muß der leitende Gesichtspunkt des Gesamtsteuersystems sein. Dieser leitende Gesichtspunkt ist nach h.M. die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (453).

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als Vergleichsmaßstab für eine Kontrolle des Gleichheitsgrundsatzes aufzustellen, findet seine verfassungsrechtliche Stütze im Sozialstaatsprinzip (454). Der Grundsatz der Gleichbehandlung fordert demnach für das Steuerrecht, daß der wirtschaftlich Stärkere einen höheren Prozentsatz am Steueraufkommen zu tragen hat, als der wirtschaftlich Schwächere (455).

(450) BVerfGE 26,310

(451) BFH BSt B 53,333; BFH 1954 BSt Bl 239;
BFH BSt Bl 1954 S.238

(452) BVerfGE 8,69

(453) vgl. Art.134 WRV; BVerfGE 6,70; BVerfGE 8,69;
BVerfGE 9,243; BVerfGE 13,193;
Hübschmann - Hepp - Spitaler Kom. § 1 Anm.8

(454) vgl. Art.20 I GG; Dyckhoff, Steuermilderung
Diss. S. 30

(455) BVerfGE 8,69

Im Gegensatz zum Bereich der politischen Willensbildung, wo das Grundgesetz die numerische Gleichheit verwirklicht hat, fordert das Sozialstaatsprinzip für das Steuerrecht die Verwirklichung der proportionalen Gleichheit, woraus für die Aktualisierung des Gleichheitsgrundsatzes die Forderung erwächst, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als Vergleichmaßstab für die Beurteilung einer rechtlichen Regelung heranzuziehen. So bietet auch das Steuerrecht ein deutliches Beispiel, wie der zunächst "leere Gleichheitsgrundsatz" durch andere (oftmals verschiedenfarbige) verfassungsrechtliche Weisungen angefüllt wird und erst durch dieses Anfüllen (welches meist durch die Rechtsprechung erfolgt) die anfänglich unvollendete rechtliche Ordnungswahl vollzogen wird (456).

f.) Der Vergleichsmaßstab der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und die Unbilligkeit der Einziehung

dd.) Der Steuererlaß und der Maßstab der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Wenn nun der Leitgedanke des Steuerrechtes die Herbeiführung einer gleichmäßigen Belastung aller Steuerschuldner ist, sofern der gleiche steuerliche Tatbestand erfüllt ist, so bietet sich der Steuererlaß als ein Mittel zur Erzielung dieser relativen (proportionalen) Gleichheit an, falls aufgrund außergewöhnlicher besonderer Umstände die entstandene Steuerschuld den einen Steuerschuldner erheblich härter trifft als einen anderen, mit anderen Worten wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des einen Steuerschuldners über das vom Gesetzgeber angestrebte Maß in Anspruch genommen wird. Hier nun gibt der § 131 AO der Finanzverwaltung die Möglichkeit, die bedrohte relative Gleichheit durch einen Erlaß oder durch ähnliche geeignete Maßnahmen zu retten, indem durch die in § 131 AO vorgesehenen Maßnahmen eine gemessen an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gleichmäßige Opferlage für alle Steuerpflichtigen geschaffen wird.

Der Gedanke der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist jedoch nur der Leitgedanke des Gesamtsteuersystems (vgl. oben). So wird bei den Verkehrs- und Verbrauchsteuern mehr die numerische Gleichheit betont. Zu beachten ist also jeweils, daß der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung und der für ihn geschaffene Maßstab der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht ohne Zusammenhang mit dem im Einzelfall anzuwendenden Steuergesetz betrachtet werden darf, was sich aus der finanzwirtschaftlichen Verschiedenheit der einzelnen Steuergesetze ergibt.

Die Verbrauchs- und Verkehrssteuern geben die Gleichheit als numerische Gleichheit wieder, wohingegen die Personalsteuern die proportionale Gleichheit widerspiegeln. Deshalb ist es gerechtfertigt bei den ersteren persönliche Verhältnisse weitgehend unberücksichtigt zu lassen, dagegen bei den letzteren gerade die persönlichen Verhältnisse einer eingehenden Würdigung zu unterwerfen. Die Frage, ob im Einzelfall durch einen Steuer- tatbestand eine gleichmäßige Steuerbelastung gegeben ist, muß also "der Einzelfall hineingestellt werden in die wirtschaftliche Lage, die der Gesetz- geber als typisch gerade für dieses Besteuerungs- gebiet angesehen hat" (457) Nur wenn der Einzelfall gegenüber dem vom Steuergesetz betroffenen Tatbe- stand sich wirtschaftlich wesentlich ungleich auswirkt, dann kann die Einziehung der Steuern un- billig sein. "Nur in der Gruppe der Steuern vom Einkommen und Vermögen einschließlich der ergänzen- den Grund- und Gewerbesteuern und der Erbschaftsbe- steuerung lassen sich Gesichtspunkte unmittelbarer Leistungswürdigung verwirklichen" (458)

Real-, Verkehrs- und Verbrauchssteuern knüpfen dage- gen an andere wirtschaftliche Vorgänge an (459). Bei der Untersuchung eines konkreten Sachverhaltes daraufhin, ob die Einziehung von Steuern unbillig, d.h. gleichheitswidrig ist, muß bei der Handhabung des den Vergleich erst ermöglichenden Vergleichs- maßstabes der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beachtet werden, daß manche Steuergesetze die numeri- sche, andere aber die proportionale Gleichheit verwirklichen wollen.

- 1.) Die persönliche (subjektive) und die sachliche (objektive) Unbilligkeit.
- 1.) Die persönliche Unbilligkeit

Die Ursachen dafür, daß bei der Verwirklichung des gleichen Steuertatbestandes die Steuerschuld des einen Steuerpflichtigen dessen Leistungsvermö- gen mehr in Anspruch nimmt, als einen anderen, können in der Sache selbst oder in der Person des Steuerpflichtigen begründet sein. Die persönliche Unbilligkeit berücksichtigt den Umstand, daß die Steuerpflicht, die im Steuergesetz abstrakt fest- gesetzt wird, die konkrete Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen überschreiten kann.

(457) Hensel, VjSchr.StF 1927 S.66

(458) Hensel, VjSchr.StF 1930, 441

(459) vgl. Laule, Gleichheitssatz S. 18 - 22

Immer dann, wenn außerhalb des Steuertatbestandes liegende Umstände, die in seinen persönlichen Verhältnissen begründet sind, seine wirtschaftliche Lage derart verschlechtern haben, daß die Einziehung der Steuer sich derart auswirken würde, daß sie den Steuerpflichtigen in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht, ist die Einziehung unbillig; d.h. würde gemessen an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen eine ungleichmäßige Belastung darstellen.

Als solche subjektiven in der persönlichen Sphäre des Steuerpflichtigen begründeten Umstände kommen die mannigfaltigsten Erscheinungen in Betracht, wie Krankheit, Unfall, Unwetter und ähnliche Notstände (460). Die Vermögenslage des Betroffenen ist nicht unbedingt entscheidend, muß aber bei der rechtlichen Wertung berücksichtigt werden (461).

2.) Die sachliche Unbilligkeit

Sachliche Unbilligkeitsgründe haben nichts mit den persönlichen Verhältnissen des Steuerpflichtigen zu tun. Sie liegen dann vor, wenn die steuerliche Belastung zu einer Ungleichbehandlung der Steuerpflichtigen in Bezug auf ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit führt, diese Ungleichbehandlung aber im steuerlichen Tatbestand selbst begründet ist. Die sachliche Unbilligkeit folgt aus der Anwendung des Steuergesetzes selbst (462) und läßt die individuelle wirtschaftlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen außer Betracht. Dies soll immer dann der Fall sein - so zumindest die st.Rspr. - , wenn nach dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers auf dem in Frage kommenden Steuerrechtsgebiet angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber den betreffenden Sachverhalt nicht mit der angeordneten Rechtsfolge belegt hätte (463), wenn also anhand der Gesamtintention des Gesetzes angenommen werden darf, daß der Gesetzgeber die im Billigkeitserlaß zu regelnde Frage, hätte er sie besonders geregelt, in einer anderen, dem Gleichheitsgrundsatz mehr entsprechenden Weise behandelt hätte (464).

(460) vgl. die alte Fassung des § 131 I S. 1 AO

(461) vgl. Tipke-Kruse Kom. zur AO § 131 Anm.12-14

(462) BFH BStBl 62,56

(463) BFH BStBl 58,248; 67,156; 70,607

(464) BFH BStBl 58,250; 63,511; 65,661

Bei vom Gesetzgeber gewollten Härten besteht daher keine solche Unbilligkeit (465). Riewald (466) spricht von "im Einzelfall widersinnigen Auswirkungen der Steuergesetze", die sich aus mangelnder Abstimmung der vielfältigen Steuertatbestände aufeinander ergeben. BFH (467) nimmt eine sachliche Unbilligkeit an, "wenn es nach Lage der Verhältnisse unangebracht ist, eine nach dem Steuergesetz geschuldete Steuer zu erheben". Wieder anders stützt Tipke-Kruse (468) die sachliche Unbilligkeit auf die aus der Gerechtigkeitsidee gefolgerten Prinzipien der Zumutbarkeit und der Ausrichtung an der Natur der Sache (469). Danach ist die Einziehung der Steuerschuld aus sachlichen Gründen unbillig, "wenn es dem Steuerpflichtigen nicht zugemutet werden kann, seine nach dem Gesetz geschuldete Geldleistung zu erbringen, oder wenn die Einziehung aus anderen Gründen dem der gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Zweck widerspricht" (470). Eine sachliche Unbilligkeit, d.h. eine ungleichmäßige Behandlung der Steuerpflichtigen im Bezug auf ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aus im Steuertatbestand selbst angelegten Gründen, wird also von der h.M. offensichtlich auf die verschiedensten rechtlichen Gesichtspunkte gestützt (471) Zur Kritik siehe unten.

cc.) Kritik h.M.

d.) Fehlerhaftes Verständnis des aristotelischen Billigkeits- und Gerechtigkeitsbegriffes.

Die Ansicht des BFH, daß der Billigkeit die Aufgabe zukommt, die in der Anwendung des abstrakten Steuergesetzes auf den einzelnen Fall liegenden Härten und Ungerechtigkeiten auszuschneiden fußt weitgehend auf aristotelischem Gedankengut (472). So zitiert der BFH fast wörtlich Gedankengänge aus der Nikomachischen Ethik: "Die sachlichen Billigkeitstatbestände der Richtlinien enthalten die zugunsten der Steuerpflichtigen auf § 131 AO gestützte Übertragung der Befugnis, im Einzelfall aus Billigkeitsgründen beim Vorliegen bestimmte Voraussetzungen Ausnahmen von der allgemeinen gesetzlichen Verpflichtung zur Tragung der Eingangsabgaben bei der Verwirklichung steuerlicher Tatbestände zuzulassen. Die auf Grund dieser Ermächtigung im Einzelfalle aus sachlichen Gründen getroffenen Entscheidungen kommen daher als konstitutive, d.h. rechtsändernde Verwaltungsakte einer Gesetzesergänzung durch Anerkennung von Ausnahmetatbeständen nahe.

(465) BFH BStBl 67, 415

(466) § 131 AO Kom. Riewald-Koch Anm. 2a

(467) BStBl 67, 37; 69, 567

(468) Kom. AO § 131 Anm. 3

(469) unter Berufung auf Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie §§ 27X1 u. 3, 28IV1

(470) Tipke-Kruse aaO.

- (471) vgl. auch J.Steinhauer, Der Billigkeitsgedanke Diss. Köln S. 75 - 89, der den Billigkeitsgedanken über die manigfaltigsten und verschiedensten rechtlichen Gesichtspunkte zu konkretisieren versucht.
- (472) vgl. oben

Da § 131 AO eine für alle Steuergesetze geltende Ermächtigung hierzu enthält, müssen bei der Ausfüllung dieser Ermächtigung durch Anerkennung sachlicher Ausnahmetatbestände auf den einzelnen Steuergebieten Wesen und Zweck des zu ergänzenden Rechts berücksichtigt werden. Billigkeitserlasse aus sachlichen Gründen sind daher nur insoweit als innerhalb der Ermessensgrenzen liegend durch die Ermächtigung des § 131 AO gedeckt, als nach dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers auf dem in Frage kommenden Steuerrechtsgebiet angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber die im Billigkeitswege zu entscheidende Frage - hätte er sie geregelt - im Sinne des beabsichtigten Erlasses entschieden haben würde. (473)

Die Billigkeit also soll nach Auffassung des BFH wie nach dem spätaristotelischen Denken die Gesetzesgerechtigkeit entsprechend dem Wesen und Zweck der jeweiligen Gesetze durch Einzelakte fortentwickeln. In diesem Sinne ist die Billigkeit eine Art "Verbesserung der Gesetzesgerechtigkeit" aus ihrem eigenen Geist heraus. Fraglich erscheint aber von diesem Ausgangspunkt des BFH, wie es zu einer Gleichsetzung des Billigkeitsgedankens mit Gleichheitsanforderung kommt, da ja unbillig all das sein soll, was gleichheitswidrig ist. Bei Aristoteles berührt der Gleichheitsgrundsatz die Billigkeit gar nicht; der Teil der nikomachischen Ethik, der sich mit der Billigkeit befaßt erwähnt das *ῥῆον* nicht einmal. Fraglich erscheint also, wie sich bei Aristoteles die Gleichheit zur Billigkeit verhält und ob eine Gleichsetzung beider Rechtsgedanken gerechtfertigt ist.

1.) Verhältnis der Gleichheit zur Billigkeit bei Aristoteles.

Aristoteles kennt zwei Arten der Gerechtigkeit, nämlich die Gerechtigkeit im weiteren und die Gerechtigkeit im engeren Sinne, in diesem Sinne trennt er auch *δίκην κοινὴν* und *δικαιοσύνην ἐν ἑκάστῳ* (474). Die Gerechtigkeit im weiteren Sinne ist identisch mit einem Zustand der dem *νόμος* entspricht. Als *νόμος* im Sinne des Aristoteles muß alles, was in der sozialen Wirklichkeit als Norm Gültigkeit beansprucht, verstanden werden. Übereinstimmung mit dem *νόμος* ist die Erfüllung der Gesetzesgerechtigkeit. Die Gerechtigkeit im engeren Sinne ist bei Aristoteles die Wahrung der *ἰσότης*.

(473) BFH BStBl 58,250; vgl. auch BFH BStBl 59,13; 63,511; 67,156; 67,661

(474) vgl. 1130 a 23

Der Gesetzesgerechtigkeit widerspricht ein Verhalten, das mit dem Begriff *παρά νόμος* umschrieben wird; der Gleichheit entzieht sich jemand, der sich *πλεονέκτης* verhält, der also zuviel für sich begehrt und sich somit gleichheitswidrig verhält (475). Denn überall wo es ein mehr oder weniger gibt, dort gilt das *ἴσον*, die Gleichheit als Maß der Gerechtigkeit im engeren Sinne (476). Die Billigkeit ist aber dadurch gekennzeichnet, daß sie die *νόμος* - Gerechtigkeit für den einzelnen Fall aus dem Geist des *νόμος* heraus festlegt; sie verbessert den *νόμος* und paßt ihn dem einzelnen Fall an. Darum ist in der Billigkeit, der *ἐπιείκεια*, kein Wert und kein Prinzip enthalten, daß die *νόμος* - Gerechtigkeit entwertet. Vielmehr wird der *νόμος* durch die *ἐπιείκεια* erst recht in seinem Wert und in seiner Geltung erhärtet, da die *ἐπιείκεια* die Lücken der *νόμος* - Gerechtigkeit aus dem Geiste des *νόμος* heraus ausfüllt und somit den *νόμος* erhärtet und zugleich verbessert. Die *ἐπιείκεια* ist also zusammen mit dem *νόμος*, d.h. unter der Führung des *νόμος* ein Instrument der Gerechtigkeit im weiteren Sinne, wohingegen die Gerechtigkeit im engeren Sinne unter der Anforderung der *ἰσότης*, der Gleichheit steht.

2.) Keine Gleichsetzung der *ἐπιείκεια* mit der *ἰσότης*

Wenn aber die *ἐπιείκεια* den *νόμος* aus dem Geiste desselben heraus fortbilden soll, dann ist offenkundig, daß die Wertmaßstäbe für diese Fortbildung zunächst und vorwiegend aus dem *νόμος* entnommen werden müssen. Nur wenn dieser keinerlei Hinweise enthält, dann kann auf die Gesamtrechtsordnung, d.h. die Vielzahl der vorhandenen *νόμοι* zurückgegriffen werden. Der Gleichheitsgrundsatz dagegen strebt nach Aristoteles die Mitte zwischen Zuviel und Zuwenig, das *μέσον* an. Wo das *μέσον* herrscht, dort ist auch die *ἰσότης* verwirklicht. Offenkundig hat die durch das *μέσον* (das Maß) geprägte *ἰσότης* wenig mit der Billigkeit gemein. Die Billigkeit wird von Aristoteles als funktioneller Begriff, als ein Begriff regulativer Funktion aufgefaßt. Die *ἐπιείκεια* gibt keinen Anhalt, wie der *νόμος* anzuwenden ist, dieser Anhalt ist vielmehr vorwiegend im *νόμος* selbst enthalten. Dagegen ist die vom *μέσον* geprägte *ἰσότης* das Formprinzip der Gerechtigkeit und damit auch Formgesetz für *νόμος* und *ἐπιείκεια*; sie hat Geltung sowohl für die *νόμος* - Gerechtigkeit wie für die *ἐπιείκεια* - Gerechtigkeit. Deshalb wird die spezifische Funktion der *ἐπιείκεια* verkannt, nämlich Verbesserung der *νόμος* - Gerechtigkeit, mit anderen Worten kasuistischer Ausgleich gegen die logische Strenge der dogmatisch festgelegten Institutionen (477), wenn sie mit dem bloßen Formprinzip der *ἰσότης* gleichgesetzt wird.

(475) vgl. Trude, Der Begriff der Gerechtigkeit S. 53 - 104

(476) vgl. H.A. Fechner, über den Gerechtigkeitsbegriff S. 27 - 57

(477) vgl. Esser, Grundsatz S. 151 f.

Umgekehrt wird von daher auch der Ausspruch Salomons (478) verständlich, daß bei der Behandlung der Billigkeit der Gedanke der Gleichheit abseits steht und so auch nicht in die Gefahr gerät, durch mißverstandene Auslegung des Begriffes *ἐμείκειν* "veredelt und "erhoben" zu werden. So sind also immer dann, wenn eine Billigkeitsentscheidung erforderlich ist, andere Kräfte als das Gleichheitsprinzip am Werke, und zwar entsprechend aristotelischer Terminologie Rechtsprinzipien aus dem Bereiche der *νομία* -Gerechtigkeit. Deshalb zieht die *ἐμείκειν* die Gleichheit auch nicht in Zweifel (479), ist sie doch als Bestandteil der Gerechtigkeit im weiteren Sinne von ganz anderer Art als die Gleichheit, die *ἰσότης*, das heißt die Gerechtigkeit im engeren Sinne.

3.) Keine Gleichsetzung von Gleichheit und Billigkeit

dd.) Billigkeitsentscheidungen bedingen eine individualisierende Einstellung. Der konkret zu entscheidende Sachverhalt wird auf seine ihm innewohnenden Besonderheiten hin untersucht. Die zu treffende Entscheidung folgt aus der Eigenart des konkret gegebenen Sachverhaltes, der im Rahmen der Zuordnung zum normativen Tatbestand wegen seiner vorhandenen Besonderheit eine Abweichung von der Regel erfordert. Hierbei untersucht der Rechtsanwender gerade die Eigentümlichkeiten und Besonderheiten des individuellen Falles und sucht eine Regelung, die eben der Individualität des konkreten Falles gerecht wird. Gerade aus der besonderen Individualität erwächst die in Bezug auf die normativ gegebene Regelung differierende Entscheidung, indem der Rechtsanwender in isolierender Betrachtung alle Umstände des konkret Besonderen wertet, um es einer seiner Besonderheit entsprechenden Entscheidung zu unterwerfen. Deshalb ist Billigkeit die Gerechtigkeit des Einzelfalles, d.h. die Verbesserung abstrakt-genereller Normen für konkret-individuelle Sachverhalte. Deshalb ist Billigkeit auch in seiner ursprünglichen Erscheinungsform vorwiegend kasuistisch, nämlich kasuistischer Ausgleich gegen die Enge des abstrahierenden und generalisierenden Denkens (480). Das Wesen der abstrakt-generellen Norm ist aber die Gleichheit (481).

(478) vgl. Salomon, Der Begriff der Gerechtigkeit S.73, übrigens der einzige Rechtsphilosoph, der diesen Problemzusammenhang erkannt und behandelt hat

(479) vgl. Salomon aaO.

(480) vgl. Esser, Grundsatz S. 151

(481) so schon Aristoteles vgl. Salomon aaO. S. 73

Das Gleichheitsprinzip ist ausgerichtet auf Gemeinsamkeiten und Unterscheidungen im Verhältnis mehrerer Sachverhalte zueinander, wohingegen das Billigkeitsprinzip die Besonderheit eines einzigen Sachverhaltes ins Auge faßt. Vergleichen heißt ja nichts anderes, als verschiedene Vergleichsobjekte auf ein ihnen Gemeinsames oder Unterscheidendes hin zu untersuchen. Der Blick des Vergleichenden wandert hin und her zwischen den Vergleichsobjekten und hebt hier das Gemeinsame dort das Besondere hervor (482).

Deutlich wird diese Verschiedenartigkeit von Billigkeit und Gleichheit insbesondere, wenn man ihre beiden Grundformen ohne Beiwerk betrachtet: Reines Billigkeitsrecht führt zur Einzelentscheidung, zu Unwiederholbarkeit und letztlich zur Isolation jedes Falles; totale Gleichheit gebietet Gleichförmigkeit, zerstört Individualität und schafft letztlich kollektivistische Gleichschaltung; jene widerspricht dem Gedanken der Rechtssicherheit, diese der Gerechtigkeitsanforderung, individuelle Besonderheiten zu berücksichtigen. Die Billigkeit befaßt sich daher nicht mit Vergleichung von gleichen oder ungleichen Tatbeständen oder gar mit egalitärer Gleichmacherei, sondern mit dem Herausdestillieren aller Besonderheiten eines einzelnen Falles und der dieser Besonderheit möglichst entsprechenden Regelung.

Eine scheinbare Überschneidung von Billigkeits- und Gleichheitsprinzip findet sich in der Anforderung, erheblich Ungleiches auch entsprechend seiner Ungleichheit zu behandeln, also in der Anforderung, die Gleichheit nicht numerisch sondern proportional zu verwirklichen. Richtig ist, daß die Beachtung des Ungleiches gleichfalls wie die Billigkeitsregelung eine individuelle Entscheidung bedingt, indem nämlich die Besonderheit eines Sachverhaltes verglichen wird mit den normalerweise gegebenen Zuständen. Jedoch ist auch für die Verwirklichung proportionaler Gleichheit der Vergleich mit verschiedenen, d.h. auch mehreren Fällen nötig, wohingegen wie schon herausgearbeitet die Billigkeitsentscheidung die Bewertung nur eines Sachverhaltes erfordert. Darüberhinaus entspricht - wie die Rspr. mehrfach betont hat (483) - dem Gleichheitsgrundsatz eben besonders die Gleichbehandlung.

(482) vgl. Henkel, Recht und Individualität S.37,46; Larenz, Nikisch-Festschrift S.293 ff.

(483) vgl. BVerfGE 1,52; 1,275; 4,39 ff.

Tatsächliche Ungleichheiten erfordern nur in den bedeutsamsten Fällen eine differierende Regelung. So sagt das BVerfG in seiner Entscheidung vom 30. April 1952: "Eine Verletzung des Gleichheitssatzes liegt nicht schon darin, daß der Gesetzgeber bei der Regelung eines bestimmten Lebensgebietes nicht alle tatsächlichen Verschiedenheiten der Lebensverhältnisse im einzelnen berücksichtigt. Entscheidend ist vielmehr, ob für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise die tatsächlichen Ungleichheiten in dem jeweils in Betracht kommenden Zusammenhang so bedeutsam sind, daß der Gesetzgeber sie bei seiner Regelung beachten muß" (484). Eine Gleichbehandlung widerspricht also nur in ganz exceptionellen Fällen, eben bei groben Verstößen gegen die Gerechtigkeitsidee, den Forderungen des Gleichheitsprinzips nach proportionaler Gleichbehandlung. Die vielfältigen Fälle von Billigkeitsentscheidungen machen jedoch deutlich, daß der Gedanke der Billigkeit weiter reicht als eine bloße proportionale Gleichbehandlung. So kann z.B. die Fülle des Billigkeitsrechtes im Zivilrecht sicherlich nicht mit dem Gebot zu relativer Gleichheit erklärt und gerechtfertigt werden. Wie Esser nachgewiesen hat, sind hier Rechtsprinzipien der verschiedensten Art am Werke (485).

Der Gleichheitsgrundsatz allein ist nicht imstande, für Billigkeitsentscheidungen die Wertmaßstäbe zu liefern; und die Gleichsetzung der Voraussetzung "unbillig" mit der Forderung, erheblich Ungleiches entsprechend seiner Ungleichheit auch ungleich zu behandeln, d.h. immer dann eine unbillige Regelung anzunehmen, wenn ein Verstoß gegen die Anforderungen der proportionalen Gleichheit vorliegt - was nach Ansicht der Rechtsprechung nur in den seltensten Ausnahmefällen gegeben sein wird - , schränkt den Bereich des Billigkeitsrechtes sicherlich in unzureichender Weise ein. Der Begriff "unbillig" ist also nicht mit "ungleich" gleichzusetzen, sondern durch andere Wertmaßstäbe - im Sinne der Esser'schen Terminologie durch Rechtsprinzipien - aufzufüllen.

(484) vgl. BVerfGE 1,276

(485) vgl. Larenz, Methodenlehre S. 138 - 140, unter Verweisung auf Esser's Grundsatz und Norm

.) Die Gleichstellung von Billigkeit und Gleichheit wird in gewisser Weise auch gefördert durch die Deutung des Gleichheitssatzes als Willkürverbot (486). Von dieser Deutung her bietet sich eine Verbindung zum Gedanken des allgemeinen Willkürverbotes an, wonach jede gesetzliche Regelung, die einen von dieser Regelung Betroffenen ohne anzuerkennende verfassungsrechtliche Legitimation übermäßig belastet als willkürlich angesehen werden muß. Eine solchermaßen als willkürlich erkannte Regelung kann auch ohne gedankliche Schwierigkeit mit Begriffen wie unverhältnismäßig, unnötig oder unbillig in Zusammenhang gebracht werden, von wo aus dann die Gleichstellung von willkürlich und unbillig, und weiterhin dann die Gleichsetzung von unbillig und gleichheitswidrig, da willkürlich erfolgte. Dieser Irrwisch der begrifflichen Fülle bedarf einer kurzen Klarstellung: Die Deutung des in Art.3 GG verankerten Gleichheitssatzes als Willkürverbot entspricht der allgemeinen Ansicht (487). Ob eine über dieses Willkürverbot hinausgehende "allgemeine, naturrechtliche Willkür- und Gerechtigkeitsprüfung" (488) nach dem grundgesetzlichen System der Verteilung staatlicher Gewalt überhaupt anzuerkennen ist, erscheint zumindest sehr fraglich (489). Zumindest verkennt die Gleichsetzung dieses allgemeinen Willkürverbotes mit dem Billigkeitsgedanken völlig die korrigierende Funktion der Billigkeit, die, da sie mehr den Ausbau des Bestehenden aus dessen Geist umfaßt, vorwiegend eine erhaltende, denn eine einschränkende Aufgabe hat (490).

(486) vgl. BVerfGE 15,201; BVerfGE 1,345 f;
Leibholz-Rinck Kom.Anm.2 Art.3

(487) vgl. aaO.

(488) Ipsen, Die Grundrechte II S.186

(489) vgl. Leibholz, DVBl S. 196; dieses allgemeine Willkürverbot als zusätzliche Begrenzung staatlicher Gewalt geht auf die Anfänge modernen Staatsrechtsdenkens zurück
vgl. K.v.Gerber, Grdz.d.Staatsrechtes S.41

(490) Lerche hat deutlich gemacht, daß dieser begriffliche Irrwisch, d.h. die Austauschbarkeit von Zumutbarkeit, Unnötigkeit, Unbilligkeit, Unverhältnismäßigkeit u.ä. auf das angelsächsische Recht zurückgeht, wo "die Begriffe unreasonable, arbitrary und not appropriate, ja auch unnecessary ohne rechte Scheidung aneinandergereiht" werden.
vgl. Lerche, Übermass S. 41

Festzuhalten bleibt demnach, daß sich auch bei Anerkennung eines allgemeinen Willkürverbotes keinerlei Anhaltspunkte für eine Gleichsetzung von unbillig und gleichheitswidrig folgern lassen, vielmehr all diese Begriffe säuberlich zu trennen sind.

ff.) Beispiel

Der Unterschied zwischen dem Billigkeitsgedanken und der Gleichheitsidee soll hier nochmals anhand eines Beispiels verdeutlicht werden: Kant gibt das berühmte Inselbeispiel vom Ende eines Gemeinwesens: "Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinanderzugehen und sich in alle Winde zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind...." (491). Ändert man dieses Beispiel dahingehend ab, daß jener Verbrecher kein Mörder, sondern ein Dieb ist, so müßte er konsequenterweise seine Freiheitsstrafe einsam im Gefängnis des verstreuten Inselvolkes verbüßen. Dieser als einziges menschliches Lebewesen sich auf der Insel befindlicher Gefangene könnte nun durch einen gedachten staatlichen Gefängniswärter sicherlich unbillig, aber kaum ungleich behandelt werden. So könnte ein gedachtes Gericht in Bezug auf diesen einen Gefangenen für die verschiedensten Fälle von Billigkeitsgedanken gerechtfertigte Entscheidungen treffen; seine Regelungen wären aber schlechterdings ungeeignet, eine Gleich- oder Ungleichbehandlung zu bewirken; mit wem sollte dieser letzte Verbliebene der ehemaligen Inselgemeinschaft auch verglichen werden. Eine Gleich- oder Ungleichbehandlung würde das Vorhandensein mehrerer Inselbewohner voraussetzen, einer Billigkeitsregelung hingegen genügt eine einzelne Person. Hieran wird offenkundig, daß die Billigkeit individualisierend und isolierend vorgeht, die Gleichheit jedoch nur durch das Zusammenziehen mehrerer Umstände möglich wird.

f.) Kritik der h.M. zur sachlichen Unbilligkeit

Sachliche Unbilligkeitsgründe ergeben sich nach h.M. aus dem Steuertatbestand selbst und sind unabhängig von den persönlichen Verhältnissen des Steuerschuldners. Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine solche sachliche Unbilligkeit vor, wenn nach dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers auf dem in Frage kommenden Steuerrechtsgebiet angenommen werden kann, daß das Gesetz die im Billigkeitswege zu entscheidende Frage - hätte es sie geregelt - im Sinne des beabsichtigten Erlasses entschieden haben würde (492).

Dagegen fragt der BFH ob die Einziehung der Steuer dem Steuerpflichtigen zugemutet werden kann, oder ob die Zahlung der nach dem Gesetz geschuldeten Steuer aus anderen Gründen dem der gesetzlichen Regelung zugrunde liegenden Zweck widerspricht (493). Diese höchststrichterlichen Formulierungen stehen auf dem Boden rechtswissenschaftlicher Auslegungstheorien des 19. Jahrhunderts, nämlich der "Willens- theorie" oder der sog. "subjektiven Theorie", die insbesondere von Windscheid und Bierling vertreten wurden (494). Denn nur eine Auslegungstheorie, deren Ziel die Feststellung des Gesetzessinnes ist, den "der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat" (495), d.h. die Erforschung des historischen Willens des Gesetzgebers - nach Bierling insbesondere des psychologischen Willens oder nach der Interessentheorie die die motivierenden kausalen Interessen des Gesetzes - kann sich für eine Auslegung am "erklärten oder mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers auf dem in Frage kommenden Steuerrechtsgebiet" (496) orientieren (497).

Dieser rechtsmethodische Ausgangspunkt des BFH ist jedoch durch heute allgemein anerkannte methodische Lehren überwunden. Nach der heute herrschenden "objektiven Theorie" ist das Auslegungsziel die Darstellung des zur Zeit gültigen objektiven Gesetzessinnes, d.h. die Offenlegung des dem Gesetz immanenten vernünftigen Sinnes. Der Erschließung des dem Gesetz immanenten vernünftigen Sinnes kann ein historischer, erklärter oder mutmaßlicher Gesetzeswille nur noch eine gewisse Orientierungshilfe sein. In diesem Sinne hat sich auch mehrfach das Bundesverfassungsgericht (498) geäußert. Maßgebend für die Auslegung eines Gesetzestextes sei "der in diesem zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den dieser hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung."

(493) vgl. BFH 94,156,159; 105,172,175

(494) vgl. Kom. von Tipke-Kruse § 131 AO

(495) Windscheid Pandekten S. 51

(496) vgl. BFH aaO.

(497) vgl. Kruse-Tipke allg. Steuerrecht I Beck-Kurzlehrbuch § 15 III 3

(498) BVerfGE 1,312; 8,307; 10,244; 11,129 ff.

Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können" (499).

Es fragt sich also, ob die Bestimmung der sachlichen Unbilligkeit mittels des erklärten oder mutmaßlichen Willens des Gesetzgebers überhaupt zu bewerkstelligen ist. Dieses "auf dem Boden der inzwischen überholten subjektiven Auslegungstheorie" (500) stehende Verfahren "zwingt nämlich zu rational nicht nachprüfbaren Spekulationen über den vermeintlichen Willen des Gesetzgebers" (501).

Wenn aber nach heute herrschender Meinung das Erkenntnisziel der Gesetzesauslegung der normative objektive Gesetzessinn ist, dann ist fraglich, ob es überhaupt eine sachliche Unbilligkeit, so wie sie der BFH anerkannt haben will, geben kann. Denn möglicherweise führen die vom BFH anerkannten Rechtswerte, nach welchen eine sachliche Unbilligkeit postuliert werden soll, schon bei der Auslegung der jeweils betreffenden Steuervorschrift zu einer korrigierenden Berücksichtigung. Verbergen sich nämlich hinter dem Begriffe "unbillig" verfassungsrechtlich maßgebliche Wertvorstellungen, sei es nun der von der Rspr. zur Konkretisierung herangezogene Gleichheitsgrundsatz oder seien es andere (502) verfassungsrechtliche im Grundgesetz verankerte Werte, so bedürfen diese Wertvorstellungen einer Berücksichtigung sicherlich schon bei der Auslegung der Gesetze, sofern man übereinstimmend mit der h.M. als Auslegungsziel die Erschließung des dem Gesetz immanenten vernünftigen Sinnes begreift, einer Berücksichtigung, nicht aber erst im Nachhinein bei der Feststellung der Voraussetzungen eines eventuell zu treffenden Steuererlasses. Da nämlich die Normen des Grundgesetzes und natürlich auch die ungeschriebenen Verfassungsnormen allen anderen Rechtsvorschriften im Range vorgehen, ist nur eine solche Auslegung einer Rechtsvorschrift zulässig, die verfassungskonform ist, d.h. wenn die Rechtsnorm in einem Sinne ausgelegt wird, der mit den Wertvorstellungen der Verfassung in Einklang steht. Unter verschiedenen Auslegungen, die alle dem Wortsinn und dem Gesetzeszweck entsprechen, hat diejenige den Vorrang, die den grundgesetzlichen Werten entspricht (503).

(499) BVerfGE 1,312

(500) Tipke-Kruse § 131 AO Anm.

(501) Tipke-Kruse Anm.7

(502) vgl.noch später unten

(503) vgl. Spanner, Archiv 8R 66,503 ff; BVerfGE 2,282; 13,51; 21,305

In diesem Sinne muß also die Billigkeit, d.h. die hinter dem Billigkeitsgedanken stehenden verfassungsrechtlichen Wertprinzipien, auch bei der Auslegung eines Gesetzes berücksichtigt werden. So heißt es auch in der Entscheidung des BFH vom 21.11.58, daß, "wenn eine mögliche Auslegung einer Norm allgemein oder in vielen Fällen zu einer unbilligen Härte führen würde, so ist dem, soweit möglich, bereits bei der Auslegung der Norm Rechnung zu tragen. Ihre Rechtfertigung findet diese Auffassung darin, daß diejenige Stelle, die eine Norm erläßt, keine Auslegung wollen kann, die für einen großen Kreis von Fällen zu unbilligen Ergebnissen führt. Die Gerichte, die bei der Auslegung eines Gesetzes den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln und zu vollziehen haben, können darum diesen Gesichtspunkt nicht außer Betracht lassen" (504).

4.) Gesetzauslegung und Billigkeit

Es fragt sich also, ob überhaupt eine sachliche Unbilligkeit denkbar ist, wenn die Billigkeit schon bei der Auslegung der Gesetze zu berücksichtigen ist. Als Kriterien der Auslegung gelten herkömmlich der Wortsinn, die Gesetzessystematik, der Gesetzeszweck und die historische Entwicklung. Jede Auslegung beginnt beim Wortsinn. An diesem Wortsinn ist der Gesetzesanwender gebunden (505), er bildet die Grenze der Auslegung. Billigkeitselemente können bei der verbalen Auslegung offensichtlich noch keine Berücksichtigung finden, denn Auslegungsziel der verbalen Auslegung ist nicht mehr und nicht weniger als der Wortsinn im allgemeinen Sprachgebrauch. Gleiches gilt auch von der systematischen Auslegung, deren Ziel die Betrachtung der Rechtsätze in ihrem Gesamtzusammenhang mit dem "Sinngehalt der gesamten Rechtsordnung" (506) ist. Auch die Feststellung des Gesetzeszweckes und die Berücksichtigung der historischen Entwicklung kann keine außerhalb des Gesetzes befindlichen Rechtsprinzipien und Rechtswerte berücksichtigen. Billigkeitselemente können also bei der eigentlichen Auslegung, d.h. bei der Darlegung des maßgeblichen Gesetzessinnes, bei der Auslegung im engeren Sinne nicht beachtet werden, da diese Auslegung auf Momente des Rechtssatzes als solchen beschränkt bleibt.

(504) BFH BStBl 1959 III S.72; BFH BStBl 1954 III S.72; BFH BStBl 1952 III S.208"
BFH 1953 III S.344

(505) BVerfGE 8, S. 28

(506) Larenz M.L.S.305

Neben dieser eigentlichen Auslegung gibt es jedoch noch die Möglichkeit, eine Norm "eng" oder "weit" auszulegen, d.h. einschränkend, restriktiv oder ausdehnend, extensiv zu handhaben. Eng ist eine Auslegung, die sich auf den Vorstellungskern beschränkt, weit dagegen eine Auslegung, die sich auf den Randbereich eines möglichen Sinnes erstreckt (507). Bei der Frage, ob nun ein Rechtsbegriff eng oder weit auszulegen ist, können Elemente der Billigkeit eine Rolle spielen. Denn das Gebot der Verfassungskonformität kann für einen Rechtsbegriff z.B. aus dem Gesichtspunkt der einen Freiheitsraum gewährleistenden Grundrechte eine enge Auslegung gebieten, für einen anderen Rechtsbegriff aber aus dem Gedanken der Gleichbehandlung heraus eine weite Auslegung fordern. Die Forderung, daß die Billigkeit bereits bei der Auslegung des Gesetzes zu berücksichtigen ist, findet also dort ihre Stütze, wo neben der eigentlichen Auslegung außerhalb des auszulegenden Gesetzes angesiedelte höherrangige Wert eine einschränkende oder ausdehnende Auslegung fordern. Offenkundig ist, daß § 131 AO für diese Fälle, zumindest, was den vom BFH als durch sachliche Unbilligkeit gekennzeichneten Bereich angeht, keine Anwendung finden kann. Denn bei der Frage, ob ein Sachverhalt einer bestimmten Norm zu subsumieren ist, können Rechtswerte des Billigkeitsbereiches eine restriktive oder extensive Auslegung erfordern, so daß der betreffende Sachverhalt dem Gesetz nicht zugeordnet werden kann und eine Steuerschuld nicht entstehen kann. Aus Gründen der Logik ist ein Steuererlaß aber überflüssig, wenn gar keine Steuer entstanden ist.

1.) Gesetzesfortbildung und Billigkeit

Die Gesetzesfortbildung ist nicht mehr nur bloße Interpretation des Vorhandenen, sondern schon Hinzufügen von etwas Neuem. Ein solches Hinzufügen wird immer dann erforderlich, wenn die gesetzte Rechtsnorm lückenhaft ist. Eine Lücke ist einmal gegeben, wenn eine bestimmte Regelung im ganzen unvollständig ist, das Gesetz also für einen bestimmten Fall keine Antwort gibt, zum anderen dann, wenn der Gesetzgeber es unterlassen hat, "einer allgemein gehaltenen Norm für bestimmte Fälle eine Einschränkung hinzuzufügen, die durch den Sinn und den Zweck entweder dieser oder auch einer anderen Regel und damit durch den teleologischen Zusammenhang gefordert wird" (508). Diese Gesetzeslücken werden durch Analogie, teleologische Reduktion und teleologische Extension gefüllt.

(507) Larenz ML S. 328

(508) Larenz Methodenlehre S. 355

Fraglich erscheint, welche Rolle die Billigkeit bei diesen Vorgängen spielt. Die Analogie ergibt sich aus der Gerechtigkeitsanforderung, Gleichartiges gleich zu behandeln. Die Regelung eines vom Gesetzgeber außer Betracht gelassenen Sachverhaltes im Sinne einer vom Gesetzgeber an anderer Stelle ähnlich oder gleich getroffenen Regelung fordert eine Wertung des Zweckes und des Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (509). Denn nur das kann gleich behandelt werden, was in allen Hinsichten, die für die rechtliche Bewertung maßgebend sind, übereinstimmt. Bei dieser rechtlichen Wertung, die jeder Analogie vorausgeht, muß die Billigkeit berücksichtigt werden. Denn auch die Billigkeit ist geeignet, die Wertungsmaßstäbe für die einer Analogie vorausgehenden Wertungen zu liefern; dies muß umso mehr für den BFH gelten, der ja die Billigkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz gleichsetzt. Gleiches gilt für die teleologische Reduktion, die sich aus der Gerechtigkeitsanforderung, Ungleiches ungleich zu behandeln, ergibt (510).

Eine ähnliche Wertung, welche Raum läßt für die Elemente der Billigkeit, ist auch für teleologische Extension erforderlich.

Neben der Gesetzesfortbildung wegen vorhandener Gesetzeslücken gibt es auch noch eine Rechtsfortbildung, die zur Umbildung der gesetzlichen Regelung und zur Ausbildung neuer Rechtsinstitute führen kann. Larenz nennt als Gründe für eine solche Rechtsfortbildung das unabweisbare Bedürfnis des Rechtsverkehrs, die Rücksichtnahme auf die Natur der Sache und die Rücksichtnahme auf ein rechtsethisches Prinzip (511). Offensichtlich ist hier für die Anwendung der Billigkeit ein weiter Raum vorhanden. Insbesondere die Rücksichtnahme auf ein rechtsethisches Prinzip, d.h. die "Anerkennung richtungsgebender Maßstäbe rechtlicher Normgebung" (512) duldet eine tiefgreifende Normumbildung unter den Anforderungen eines gerechten Ergebnisses, also auch Berücksichtigung von dem Billigkeitsgedanken zugrundeliegenden Rechtsprinzipien. Als ein solches Prinzip, eine solche Rechtswahrheit von "unmittelbar einleuchtendem Gerechtigkeitsgehalt" (513) muß auch der Gleichbehandlungsgrundsatz anerkannt werden (514).

(509) vgl. Larenz ML S. 360

(510) vgl. Larenz ML S. 369

(511) vgl. Larenz ML II Kap.4 3.Teil

(512) Larenz aaO. S. 394

(513) aaO.

(514) aaO. S. 399

Wenn aber nach Ansicht des BFH eine Unbilligkeit immer dann gegeben ist, wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt, dann erscheint eine sachliche Unbilligkeit nicht möglich zu sein. Diese soll ja aus dem Steuertatbestand selbst hervorgehen, also dann gegeben sein, wenn der Steuertatbestand selbst eine Ungleichbehandlung gebietet. Nun fordert aber der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung, daß auch ein Steuergesetz dem Gleichheitsgrundsatz entsprechend ausgelegt wird, daß also die im Steuertatbestand angelegte Ungleichbehandlung schon bei der Feststellung des rechtlichen Sinnes des Steuergesetzes korrigiert wird. Als rechtsmethodisches Mittel bietet sich im Zweifel die Rechtsfortbildung aufgrund rechtsethischer Prinzipien an (515). Wenn aber das Steuergesetz dem Gleichheitsgrundsatz entsprechend fortgebildet wird, dann kann aus dem steuerlichen Tatbestand selbst keine Unbilligkeit mehr hervorgehen, zumindest keine sachliche Unbilligkeit. Damit gilt aber für die Rechtsfortbildung das gleiche, was auch für die extensive und restriktive Auslegung und für die Ausfüllung von Gesetzeslücken gilt. Die Billigkeit, d.h. die mit dem Billigkeitsbegriff umschriebenen Rechtsprinzipien sind schon beim Steuertatbestand, d.h. bei Auslegung (im weitesten Sinne) des Steuergesetzes selbst zu berücksichtigen. Die Billigkeit ist also schon bei der Gesetzesanwendung zu entfalten. Und falls das Ergebnis einer Gesetzesauslegung (im weitesten Sinne) eine im Steuertatbestand selbst begründete Unbilligkeit, d.h. eine sogenannte sachliche Ungleichheit gegeben wäre, dann läge ein Fehler in der Gesetzesauslegung, Lückenausfüllung oder Rechtsfortbildung vor, was im Rechtsmittelverfahren korrigiert werden müßte, aber nicht den Anwendungsbereich des § 131 AO betrifft. Denn der § 131 AO betrifft nur den Fall, daß nach Anwendung aller anerkannten rechtsmethodischer Auslegungstheorien das Gesetz eine unbillige Rechtsfolge anordnet. Dieser Fall kann aber, zumindest was den Bereich der sachlichen Unbilligkeit angeht, nicht eintreten, denn die anerkannten Auslegungsmethoden ermöglichen die Berücksichtigung einer solchen Unbilligkeit schon beim Steuertatbestand. Als Zwischenergebnis bleibt demnach festzuhalten, daß es eine im Steuertatbestand selbst angelegte Unbilligkeit nicht geben kann.

(515) zur Befugnis solcher Rechtsfortbildung
vgl. Art. 20 III GG

Denn wenn der BFH erklärt, daß eine solche Unbilligkeit immer dann gegeben sei, wenn nach dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers auf dem betreffenden Steuerrechtsgebiet die aufgetauchte Frage anders geregelt worden wäre, so muß demgegenüber daran festgehalten werden, daß es die legitime Aufgabe der Rechtsanwendung ist, das Gesetz dergestalt zu handhaben, daß solch eine Unbilligkeit schon im steuerlichen Tatbestand vermieden wird (516).

E x k u r s :

v.Bodungen anerkennt in seiner Dissertation "Rechtskraftdurchbrechung im Steuerrecht mittels Billigkeitserlasses nach § 131 AO" eine Ausnahme gegenüber dem Grundsatz, daß alle Fälle der sog. sachlichen Unbilligkeit bereits beim Steuertatbestand zu berücksichtigen sind: Diese Ausnahme besteht für ihn in den Fällen, in denen das Verhalten des Finanzamtes dem Steuerpflichtigen den Gang zu den Gerichten unmöglich oder unzumutbar macht, wenn also der Steuerpflichtige infolge einer Fürsorgeverletzung des Finanzamtes es unterläßt, die fehlerhafte Auslegung des Steuergesetzes im Rechtsmittelverfahren zu rügen (517). Hinsichtlich der materiellen Unrichtigkeit liege in solchen Fällen gar keine Lücke vor, sondern eine unrichtige Gesetzesanwendung, die nur wegen des Verhaltens des Finanzamtes nicht bekämpft werden kann. "Die Lücke zeigt sich allein in der Diskrepanz zwischen der Rechtsnorm, die fordert, zur Vermeidung von Rechtsnachteilen alle materiell-rechtlichen Einwendungen gegen den Steuerbescheid im Rechtsmittelverfahren verfolgen zu müssen, und dem Verhalten, das diesen Gesetzesbefehl verhindert hat und an das das Gesetz dennoch nicht die Folge geknüpft hat, den Rechtsnachteil von den Schultern des Steuerpflichtigen zu nehmen" (518). Hier sei der § 131 AO die geeignete Rechtsnorm, um die erschlichene Rechtskraft zu durchbrechen. Die Fürsorgeverletzung bewirke eine sachliche Unbilligkeit für den Steuerpflichtigen, welche Voraussetzung für die Rechtskraftdurchbrechung sei. Der Steuerpflichtige habe einen Anspruch darauf, daß von der Durchsetzung des Vollstreckungsanspruches abgesehen werde, wenn das Finanzamt dem Steuerpflichtigen gegenüber ein Verhalten an den Tag legte, welches ihm unmöglich oder unzumutbar machte, sich gegen die Fehlerhaftigkeit des Steuerbescheides im gewöhnlichen Rechtsmittelverfahren zu wehren.

(516) v.Bodungen Diss.München S. 191

(517) vgl. v.Bodungen S.191 - 195

(518) aaO.

Fraglich erscheint jedoch, ob dieses Problem dem § 131 AO zugeordnet werden kann. Offensichtlich ist dieser Sachverhalt angesiedelt in dem Spannungsverhältnis zwischen Rechtskraft und gerechter Entscheidung, d.h. zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit. Bereits oben haben wir diese beiden Prinzipien als unversöhnliche Antinomien erkannt. Der Ausgleich von an dem Gedanken der Rechtssicherheit gebundenem Recht in die Richtung auf eine gerechte Entscheidung des Einzelnen gegebenen Falles ist zwar ein ursprünglich der Billigkeit zugeordnetes Gebiet (519), fraglich ist jedoch, ob § 131 AO hierfür der richtige Aufhänger ist, ob also das Billigkeitsverfahren seinem ursprünglichen Sinne nach zum Ausgleich einer Fürsorgepflichtverletzung herangezogen werden kann. Liegt doch der Sinn des § 131 AO darin, in den Fällen ein gerechtes Ergebnis zu ermöglichen, in denen die Steuerschuld richtig festgesetzt worden ist, wo also das Gesetz richtig angewendet wurde, nicht jedoch in den Fällen, wo die Steuer unrichtig festgesetzt wird, wo also das Gesetz fehlerhaft ausgelegt wird (520). Der hier beschriebene Sachverhalt der Fürsorgeverletzung ähnelt vielmehr den Fällen, in welchen im zivilgerichtlichen Verfahren eine Partei Schaden dadurch erleidet, daß ein anderer gegen sie arglistig durch Irreführung des Gerichtes ein rechtskräftiges unrichtiges Urteil erschlichen hat (521). Hier hilft die Rechtssprechung mit § 826 BGB. Nach allgemeiner Ansicht in der zivilprozessualen Literatur (522) verstößt dies jedoch gegen die abschließende Art der Wiederaufnahmegründe in § 580 ZPO, welcher den Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit besonders deutlich zugunsten der Rechtssicherheit, d.h. zugunsten der Rechtskraft entschieden hat. Und es erscheint m.E. richtiger über eine analoge Anwendung des § 134 FGO und damit der Vorschriften der ZPO diese gesetzliche Wertung auch auf den Fall der Fürsorgepflichtverletzung und der darauf beruhenden Rechtskraft des Steuerbescheides zu übertragen. Die Anwendung des § 131 AO würde die Rechtskraft zu sehr aushöhlen, wohingegen die numerisch begrenzte Aufzählung des § 580 ZPO einer solchen Aushöhlung gerade entgegenstreben soll.

(519) vgl. oben zur equity, Esser, Grundsatz S. 151

(520) Die diesbezügl. andersartige Argumentation v. Bodungen S. 193 ist nicht überzeugend

(521) vgl. RG 36,249; BGH FamRZ 57,210

(522) vgl. Rosenberg-Schwab 10. Auflage S. 855; Gaul, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechtes S. 71 ff.; Blomeyer, Zivilprozeßrecht S. 607; Reinicke NJW 1952,5

Die Übertragung der gesetzlichen Wertung des § 580 ZPO auf den hier behandelten Fall der Fürsorgepflichtverletzung erscheint auch deshalb gerechtfertigt, weil in sämtlichen prozessualen Gesetzen die Durchbrechung der Rechtskraft an eng begrenzte Wiederaufnahmegründe gebunden ist (523/524).

Der Fall der Fürsorgeverletzung kann also nach richtiger Ansicht nicht als Ausnahme, gegenüber dem Grundsatz, daß alle Fälle der sog. sachlichen Unbilligkeit bereits beim Steuertatbestand zu berücksichtigen sind, anerkannt werden. Es muß deshalb an der oben herausgearbeiteten Erkenntnis festgehalten werden, daß jede sachliche Unbilligkeit bei der Gesetzesanwendung berücksichtigt werden und damit korrigiert werden muß. Jede andere Ansicht erscheint uns als eine Preisgabe der Arbeit am Gesetz und damit eine Preisgabe der Rechtsstaatlichkeit überhaupt.

§.) Kritik der h.M. zur persönlichen Unbilligkeit
Die persönliche Unbilligkeit ergibt sich nach der h.M. aus der in der Besteuerung liegenden Ungleichheit unter Anlegung des Maßstabes der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ergibt sich aus den persönlichen Verhältnissen des Steuerpflichtigen. Billigkeitsmaßnahmen aus persönlichen Gründen setzen nach h.M. voraus, daß im Falle ihrer Versagung das wirtschaftliche Bestehen des Steuerpflichtigen gefährdet ist (525). Denn vor dem Eintritt einer wirtschaftlichen Existenzbedrohung laße sich die Veränderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht feststellen, da die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit kein fester Wert sei, sondern eine ständig sich verändernde Größe (526). Die Besteuerung nach Leistungsfähigkeit soll einen für jeden gleich großen Verzicht nach Bedürfnisbefriedigung bewirken. Da aber nicht festgestellt werden kann, in welchem Wertverhältnis bestimmte Mengen bestimmter Güter bei verschiedenen Menschen zueinander stehen, ist das subjektive Opfer der Bedürfnisbefriedigung ähnlich wie die rein wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht konkret meßbar (527)

(523) vgl. die entspr. Vorschriften der StPO und die Verweisungen auf § 580 ZPO in der VwGO und FGO

(524) vgl. auch Tipke-Kruse § 131 AO Anm. 9

(525) BFH BStBl III 66, 211

(526) vgl. v. Bodungen Diss. 199; Hensel VJSchrStF 1930 S. 465

(527) Laule, Der Gleichheitssatz S. 20

Weder die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, noch der mit dieser verbundene Verzicht auf Bedürfnisbefriedigung sind also konkret meßbar; jene nicht, weil die zur Feststellung der Leistungsfähigkeit angewandten finanzwissenschaftlichen und finanzstatistischen Methoden nicht genügen, diese nicht, weil aus technischen und psychologischen Gründen nicht festgestellt werden kann, wie schwer ein jeden Steuerpflichtigen die Steuerlast trifft. Deshalb kann nach h.A. nur dort, wo sich die äußeren Lebensverhältnisse des Steuerpflichtigen derart eingreifend verändern, daß eine Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zwingend angenommen werden muß, weil etwa ansonsten auch auf grundlegendste Bedürfnisse verzichtet werden müßte, diese Verminderung auch eine persönliche Ungleichheit bewirken. Eine solche Verminderung der Leistungsfähigkeit könne aber nur die Folge von existenzbedrohenden Umständen sein, welche zugleich anhand objektiver Merkmale erkennen lassen, daß selbst grundlegende menschliche Bedürfnisse ohne den Steuererlaß nicht befriedigt werden könnten. Es scheint jedoch zweifelhaft, ob wirklich erst eine eingetretene Existenzbedrohung genügt, eine persönliche Unbilligkeit als gegeben anzusehen. Die in § 131 AO angeordneten sehr differenzierten Rechtsfolgen scheinen dagegen zu sprechen. Denn bei einer Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz kann doch wohl nur der gänzliche Steuererlaß die einzige dem Sinne des Gesetzes entsprechende Maßnahme sein. Gerade die verschiedenen möglichen Maßnahmen des § 131 AO deuten darauf hin, daß nicht erst bei Eintritt einer Existenzbedrohung von einer Unbilligkeit der Einziehung gesprochen werden sollte. Dies widerspräche sicherlich auch den im Grundgesetz an den verschiedensten Stellen zum Ausdruck gekommenen Wertungen, welche geordnete wirtschaftliche Verhältnisse als Grundlage der freien Persönlichkeitsentfaltung und der Wahrung der Würde des Menschen ansehen (528). Auch kommt es dem Gedanken des sozialen Rechtsstaates gewiß näher, wenn schon vor Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz, eine Unbilligkeit i.S.d. § 131 AO bejaht werden würde.

Nach alledem fragt sich, ob der Gleichheitsgrundsatz und der von diesem postulierte Maßstab der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als geeignet angesehen werden kann, die in den persönlichen Verhältnissen des Steuerpflichtigen begründete Unbilligkeit zu konkretisieren, oder ob nicht auch für diesen Bereich eine andere rechtliche Wertung zu treffen ist, die einen größeren Spielraum zur Feststellung der persönlichen Unbilligkeit beläßt.

(528) vgl. Die Grundrechtsartikel Art.1,2I,12,14

Dies soll im Folgenden untersucht werden.

c.) Billigkeit als Ausfluß des Rechtsstaatsgebotes

aa.) Das Rechtsstaatsprinzip

Die Grundsätze der Billigkeit können nicht ohne Darlegung des rechtlichen Gehaltes des Rechtsstaatsprinzipes aus diesem entwickelt werden, da ansonsten die Gefahr bestünde, daß aus jenem Prinzip etwas abgeleitet würde, was zuvor in es hineingelegt worden war.

Daß die BRD ein Rechtsstaat ist, ist zwar im Grundgesetz nicht ausdrücklich niedergelegt, die Rechtsstaatlichkeit der BRD ergibt sich jedoch aus dem vorverfassungsmäßigen Gesamtbild, welches ohne besondere Konkretisierung in einem Rechtsatz auch vom Rechtsstaatsprinzip geformt wird. Denn das Verfassungsrecht besteht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung, "sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat" (529). Das Rechtsstaatsprinzip gehört zu den grundlegendsten Prinzipien des Grundgesetzes (530). Der materiellrechtliche Gehalt des Rechtsstaatsprinzipes ist vom Verfassungsgesetzgeber auch nicht eindeutig bestimmt, "das Rechtsstaatsprinzip enthält keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote oder Verbote von Verfassungsrang, sondern ist ein Verfassungsgrundsatz, der der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten bedarf, wobei allerdings fundamentale Elemente des Rechtsstaates und die Rechtsstaatlichkeit im ganzen gewahrt bleiben müssen (531).

Das Rechtsstaatsprinzip enthält jedoch auch ohne grundgesetzliche Konkretisierung folgende Merkmale: In formeller Hinsicht beinhaltet es die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung; die Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht, die Garantie der rechtssprechenden Gewalt, d.h. Unabhängigkeit des Richters, justizförmiger Rechtsschutz und das Prinzip vom gesetzlichen Richter müssen gewahrt bleiben, und schließlich die Achtung des Prinzipes der Gewaltenteilung.

(529) BVerfGE 2,403

(530) BVerfGE 20,331

(531) BVerfGE 7,93

Der materielle Rechtsstaat gebietet die Gewährung persönlicher Grundrechte, die Rücksichtnahme der Bürger gegenüber dem Staat und vom Staat gegenüber den Bürgern, Gewährung von Rechtsgleichheit und Austeilung von Gütern i.S. einer justitia generalis und justitia distributiva, und letztlich die Entschädigungspflicht im Sinne einer justitia commutativa. Reduziert auf die beiden Leitgedanken jeder menschlichen Rechtsetzung bedeutet das, daß das Rechtsstaatsprinzip sowohl die materielle Gerechtigkeit als auch die Rechtssicherheit garantiert. So heißt es in der Entscheidung des BVerfGE vom 18.12.1953 (532) : "Rechtssicherheit ist ein wesentliches Element des rechtsstaatlichen Prinzips. Dieses Prinzip seinerseits gehört zu den im Grundgesetz getroffenen Grundentscheidungen, die echte Gerechtigkeit postulate verwirklichen wollen. Die Rechtssicherheit zu vernachlässigen, kann also auch dem Verfassungsgeber nur bis zu einer bestimmten Grenze gestattet sein. Würde eine Norm die dem Recht immanente Funktion der Friedensbewahrung verleugnen, verfälschen oder in unerträglicher Weise mißachten, so könnte sie selbst in der Gestalt einer ursprünglichen Verfassungsnorm nichtig sein. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß das Prinzip der Rechtssicherheit mit der Forderung nach materialer Gerechtigkeit häufig in Widerstreit liegt und daß es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers sein muß, einen solchen Widerstreit bald nach der Seite der Rechtssicherheit, bald nach der Seite der materialen Gerechtigkeit hin zu entscheiden. Geschieht dies ohne Willkür, so kann ein solches Verfahren nicht beanstandet werden. Ein legitimer Grund, die Rechtssicherheit in gewissem Umfang und für gewisse Zeit einzuschränken, wird für den Gesetzgeber insbesondere dann gegeben sein, wenn er solche Einschränkungen um der Verwirklichung materialer Gerechtigkeit willen selbst setzt oder doch hinnimmt".

bb.) Rechtsstaatsprinzip und Billigkeit

Die Billigkeit bewirkt eine Korrektur des strengen Rechtes in den Fällen, in denen das Gesetz fehlerhaft ist oder Gesetzeslücken einer Ausfüllung bedürfen. Die Billigkeit ist also eine Verbesserung des strengen Rechtes mit Hinblick auf ein gerechtes Ergebnis. Sie steht daher der Idee der materialen Gerechtigkeit näher als der Anforderung der Rechtssicherheit.

Sie ist also verwandt mit der Idee der materialen Gerechtigkeit, d.h. mit einer der beiden Leitgedanken des Rechtsstaatsprinzipes. Auch die Billigkeit ist demnach im Rechtsstaatsprinzip selbst enthalten. Jedoch sind die Grundsätze und Rechtsprinzipien der Billigkeit nicht dadurch zu konkretisieren, daß man die Billigkeit als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzipes begreift. Denn das Rechtsstaatsprinzip selbst enthält keine in allen Einzelheiten ausgeformten Anweisungen, sondern bedarf vielmehr der sachlichen Konkretisierung je nach den gegebenen Sachzusammenhängen. Der materiellrechtliche Gehalt der Billigkeit kann also nicht dadurch bestimmt werden, daß aus seiner Verwandtschaft zur Idee der materialen Gerechtigkeit und damit zur Rechtsstaatlichkeit selbst Grundsätze abgeleitet werden. Denn das Rechtsstaatsprinzip ist nur ein verfassungsrechtliches Rahmenprinzip ohne allgemeingültige normative Anweisungen. Aus dem Rechtsstaatsgedanken die Grundsätze der Billigkeit zu entwickeln hieße nichts anderes, als Rechtsprinzipien als rechtsstaatliche zu deklarieren, um hinterher diese zuvor ausgewählten Prinzipien als solche dem Rechtsstaatsgedanken entnommene der Billigkeit zuzuordnen. Ein Verfahren dessen methodische Unzuverlässigkeit auf der Hand liegt. (Davon zu unterscheiden ist der umgekehrte Weg; nämlich die Billigkeit anderweitig zu bestimmen und diese dann gewonnenen Erkenntnisse dem Rechtsstaatsgedanken zuzuordnen. Die Richtigkeit dieses Verfahrens müßte jeweils im Einzelfall kontrolliert werden).

d.) Billigkeit und Demokratiegebot

Das wesentliche Merkmal einer Demokratie ist die Volkssouveränität, d.h. das Volk ist Träger der primären Staatsgewalt (533). Die Demokratie der Bundesrepublik ist eine mittelbare oder repräsentative Demokratie, d.h. das Staatsvolk wird durch bestimmte Organe repräsentiert. Die repräsentative Demokratie der BRD ist gleichzeitig eine Demokratie mit Parlamentarismus, was ein System der Abhängigkeit der Regierung von der Volksvertretung (und umgekehrt) bedeutet, ein System der Balancierung der Kräfte zwischen der Regierung und der Volksvertretung (534). Das Demokratiegebot als Organisationsprinzip der verfassungsrechtlichen Ordnung der BRD läßt keine Beziehungen zum Billigkeitsgedanken erkennen.

(533) vgl. Art.20 II GG "Alle Gewalt geht vom Volke aus".

(534) vgl. v.Mangoldt-Klein Kom.zum GG Art.20 Anm.V

e.) Billigkeit und Sozialstaatsprinzip

Die BRD ist ein sozialer Staat (535). Über Inhalt und Ausmaß der Sozialstaatsklausel bestehen weitgehende Meinungsunterschiede. Diese "reichen von ihrer Deutung als einer nur vertragenden, auf die künftige Gesetzgebung unverbindlich und kompromißhaft verweisenden bloßen Deklamation bis zu einer allverbindlichen Staatszielbestimmung, deren Kraft der grundgesetzlichen Entscheidung für Bundesstaat, Demokratie und Rechtsstaat nicht nachzustehen brauche" (536). Als weitgehend übereingehende Bestimmung kann das Sozialstaatsprinzip dahingehend gefaßt werden, daß der Staat nach den Grundsätzen sozialer Gerechtigkeit aufgebaut sein soll, d.h. es soll jenes Verteilungsprinzip angestrebt werden, das jeder Schicht oder Gruppe der Bevölkerung die ihr zustehenden Rechte insbesondere den ihr zustehenden wirtschaftlichen und kulturellen Standart zuerkennt. Die Ausgestaltung dieser Grundsätze obliegt im wesentlichen dem Gesetzgeber (537). Jedoch kann das Sozialstaatsprinzip bei der Auslegung des Grundgesetzes und anderer Gesetze von entscheidender Bedeutung sein (538). Hier nun bestehen mögliche Berührungspunkte mit der Billigkeit insofern, als die Auslegung eines Gesetzes unter besonderer Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzipes zugleich eine vom Billigkeitsgedanken getragene Gesetzeskorrektur (539) sein kann. Ansonsten ist jedoch das Sozialstaatsprinzip mangels präziser rechtlicher Ausformung nicht geeignet, für eine Konkretisierung des Billigkeitsgedankens festumrissene rechtliche Maßstäbe zu liefern.

(535) vgl. Art. 20 I GG

(536) Ipsen Hans Peter: "Rechtsfragen berufsständischer Zwangsversorgung, Rechtsgutachten 1954 S.27 - 29 abgedruckt in "Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft vom Standpunkt der Versicherungswissenschaft betrachtet". Berlin, Duncker & Humblot 1954

(537) BVerfGE 1,105; 8,329

(538) BVerfGE 1,105

(539) vgl. oben zur Gesetzesanwendung

f.) Natur der Sache und Billigkeit

Ob die "Natur der Sache" geeignet ist, die in den persönlichen Verhältnissen angelegte Unbilligkeit zu konkretisieren hängt wesentlich davon ab, welchen rechtlichen Gehalt man ihr beimißt. Die "Natur der Sache" ist in den letzten Jahren vielfach zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen gemacht worden (540). Die Ergebnisse dieser Untersuchungen differieren weitgehend, je nach dem rechtsmethodischen und rechtsphilosophischen Standort des Betrachters.

aa.) Historischer Überblick über die "Natur der Sache"

Schon dem frühen griechischen Rechtsdenken ist der Begriff der "Natur der Sache" nicht wesensfremd. Die Lehre der griechischen Philosophie vom "physei dikaion" formte beispielsweise schon das Rechtsdenken des Thukydides, "für den Recht nur als konkrete Ordnung existierte" (541). Der Gedanke der Natur der Sache setze sich fort in der römischrechtlichen Lehre von der "rerum natura" und in den mittelalterlichen Deduktionen aus der "rei natura" und der "natura objecti" (542). Im frühen vernunftrechtlichen Denken sind besonders die Worte bekannt, mit welchen Montesquieu das erste Kapitel des Buches "Esprit des Lois" einleitet: "Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses" (543).

Diese Gedankengänge sind im deutschen Rechtsdenken bekanntlich besonders ausgeprägt in Savigny's Lehre von der Anschauung (544) und berühmt geworden durch die vielberufene Formulierung Dernburg's: "Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache. Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn diese unvollständig oder unklar ist" (545).

(540) vgl. Larenz ML S.141 Anm.1

(541) vgl. Erik Wolf "Griechisches Rechtsdenken 1956 Bd.III S. 9 ff. u.S. 139 ff.

(542) vgl. Radbruch, Laum-Festschrift 1948 S.166 ff. Maihofer ARSP Die Natur der Sache S. 145

(543) Die Gesetze in ihrer weitesten Bezeichnung sind die Ausformungen, die sich notwendig aus der Natur der Sache ergeben.

(544) vgl.v.Savigny System des heutigen römischen Rechts I 1840 S.55

(545) Dernburg, Pandekten Bd.I 5.Aufl.1896 S.87

Ähnlich bekennt sich auch Jhering in seiner zweiten Periode nachdrücklich zur Bindung aller Rechtssetzung an die Natur der Sache (546). Erst dem positivistischen Rechtsdenken ist der Gedanke einer Bindung der Rechtssetzung an die Natur der Sache fremd. So erklärt Bergbohm: "Noch immer möchte man der Natur der Sache eine Rechtsnorm abzwängen, die noch nicht da ist (547) und Radbruch hält zunächst die Erkennbarkeit der Natur der Sache als einen "Glücksfall der Intuition" (548). Erst später wird der für Radbruch zunächst "gänzlich inhaltlose Begriff" als "juristische Denkform" erkannt. Die Bedeutung der Natur der Sache ist auch heute noch umstritten und ungeklärt (549)

Übereinstimmung besteht jedoch zumindest insoweit, als mit der Denkform der "Natur der Sache" die Bindung der Rechtsschöpfung an bestimmte Vorgegebenheiten des Rechts gemeint ist. Eine solche Bindung ist dem Rechtspositivismus natürlich fremd. Denn nach ihm sollen "Sollensätze nur aus anderen Sollensätzen deduktiv abgeleitet, nicht auf Seinstatsachen induktiv gegründet werden können" (550). Die Forderung, Sollensätze nur aus anderen Sollensätzen deduktiv abzuleiten und hierbei ausschließlich normlogisch zu verfahren, d.h. den Inhalt der Rechtssätze außer Betracht zu lassen (551), kann jedoch nicht aufrecht erhalten werden, da die höchste Sollensnorm, d.h. die Verfassung nur dann ihre Aufgabe erfüllen kann, wenn sie auch tatsächlich funktionierte. Der Positivismus leitet also seine Sollensanforderungen letztlich auch aus faktischen Vorgegebenheiten ab.(552)

(546) vgl. Jhering, Geist des römischen Rechts 3.Auflage 1872 S.370 ff.

(547) vgl. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie Bd.I 1892 S. 353

(548) Radbruch, Rechtsphilosophie 5.Auflage 1956 S. 99

(549) vgl. Larenz, Methodenlehre S.388 ff. und die auf S.141 angegebene Literatur; vgl. Henkel Rechtsphilosophie S.288 ff. und das dort bezeichnete Schriftum

(550) Radbruch Rechtsphilosophie S.99 vgl.aaO.

(551) vgl.Kelsen, Reine Rechtslehre S.200 ff.

(552) vgl.so auch Larenz ML S. 78

Die Denkform der "Natur der Sache" kann also nicht mit als fehlerhaft erkannten positivistischen Anforderungen abgelehnt werden. Auf der anderen Seite aber birgt die Anerkennung der Bindung der Rechtssetzung an bestimmte Vorgegebenheiten die Gefahr einer Postulierung des Naturrechtsgedankens in sich, also der Introduktion einer Gedankenwelt, die wir schon als fehlerhaft abgelehnt haben (553). Die Frage scheint also zu sein: Naturrecht oder Rechtspositivismus (554). Um demnach ein endgültiges Urteil über die Stellung und den Aussagegehalt der Denkform "Natur der Sache" geben zu können, bedarf es also zunächst einer Offenlegung der rechtswissenschaftlichen Stellung im Spannungsverhältnis Rechtspositivismus und Naturrecht, d.h. letztlich eine Bestimmung der Rechtswissenschaften im 20. Jahrhundert und eine eigene Standortbestimmung.

bb.) Die Rechtswissenschaft im 20. Jahrhundert (555)

Um die Jahrhundertwende 1900 regierte die Begriffsjurisprudenz im Stile Puchta's. Diese hatte einen Gesetzespositivismus rationalistischer Prägung, wie er im Denken Windscheids offenkundig wird, zur Folge. Unter dem Einfluß des positivistischen Wissenschaftsbegriffes wurde die reine Begriffsjurisprudenz unter der Wahrung der positivistischen Rechtsbetrachtung umgeformt zu einer naturalistischen Rechtszweckwissenschaft. Besonders bezeichnend für diese naturalistische Umformung positivistischer Prägung ist besonders Jherings "natural-historische Methode" und seine Wendung zu einer pragmatischen Rechtswissenschaft und das psychologische Rechtsverständnis Bierlings. Aber auch "Freirechtsbewegung und Interessenjurisprudenz" fußen auf dieser naturalistischen Rechtszweckbetrachtung positivistischer Prägung. Erst die Wiederbelebung der Kantischen Philosophie im Neukantianismus, d.h. der Versuch einer methodischen Wiederbelebung der wissenschaftlichen Erkenntnistheorie und ihre Begriffsbildung brachte eine Abwendung vom Positivismus. Die beiden Schulen des Neukantianismus, die sog. "Marburger Schule" und die sog. "Südwestdeutsche Schule" verhalfen der Rechtswissenschaft gegenüber der Naturwissenschaft zu einer methodischen Selbständigkeit, indem sie klarlegten, daß die Jurisprudenz nicht nach Ursachen, sondern nach Zwecken, nicht also nach kausaler Bestimmung, sondern nach determinierenden Werten fragt.

(553) vgl. oben S.....

(554) vgl. auch Maihofer aaO.S. 153

(555) vgl. Larenz ML die allgemeine Literaturübersicht: Hier sind die gängigsten Schriften aufgeführt; vgl. Welzel, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit; Henkel, Einführung

Zwar hatte der Neukantianismus kein materiales Wertgefüge aufgestellt, verstand er sich doch nur als eine Theorie der formalen Bedingungen der Aussagen über rechtliches Sollen, so wurde dennoch durch die Anerkennung der Bedeutung des Wertbegriffes für die Rechtswissenschaft eine Entwicklung eingeleitet, die zur Überwindung des Positivismus verhalf. Denn das zunächst rein formale Ordnungsgefüge des Neukantianismus mußte zu seiner inhaltlichen Erfüllung auf anderweitige Wertgebäude zurückgreifen, wofür die Werttheorie Lask's, die Kulturnormentheorie Mayer's und sogar der Relativismus des frühen Radbruch's bezeichnende Beispiele geben (556).

Der letzte großangelegte Versuch die Rechtswissenschaft auf dem Boden des Positivismus festzuhalten, war Kelsen's reine Rechtslehre. Kelsen konnte jedoch seine Idee einer reinen Rechtslehre nicht aufrechterhalten, da seine Ausgangsposition, nämlich die völlige Disparität von Sein und Sollen nicht konsequent durchgeführt werden konnte (557).

Neben dem noch relativen Wertbewußtsein des Neukantianismus brachte die materiale Wertethik eine völlige Abkehr vom Positivismus. Stärker noch als der wertindifferente Neukantianismus begriffen Scheler und Hartmann die Realität eines überpositiven Rechtes als die Realität eines absoluten Wertes (558). Jedoch haftet der materialen Wertethik die "Antinomie des Wertvorzuges" an, d.h. die Unlösbarkeit der Frage, "in welchem Falle der höhere Wert dem niederen und in welchem Falle der niedere dem höheren vorzuziehen ist" (559). Die Erkenntnis der Geschichtlichkeit und Situationsgebundenheit der menschlichen Entscheidung suchte die "Kieler Schule" über eine Erneuerung der Hegelschen Philosophie, durch den sog. idealistischen Neuhegelianismus (560) in das Rechtsdenken mit einzubeziehen. Der objektive Idealismus und die Dialektik des idealistischen Neuhegelianismus dürfen jedoch als überholt gelten (561).

(556) vgl. Larenz ML S. 86 - 107

(557) Henkel S. 450 f.

(558) vgl. Welzel S. 220 ff.

(559) Welzel S. 221 f.

(560) Larenz, Binder

(561) vgl. selbst Larenz S. 86 Anm. 3 ML

Als endgültige Überwindung des positivistischen Rechtsverständnisses muß die phänomenologie Rechtstheorie verstanden werden, die in ihrer Bejahung der Geschichtlichkeit des Rechtes positivistische Willkür ausschließt (562). Ähnlich hebt auch Welzel in seiner Lehre von den sachlogischen Strukturen die Bindung jeder "Rechtssetzung an die "ewigen Wahrheiten der sachlogischen Sphäre" hervor, was eine Begrenzung positiver Rechtssetzung beinhaltet. Eine gleichfalls ablehnende Haltung gegenüber dem positivistischen Verständnis der Jurisprudenz folgt aus der topischen Rechtskunstlehre Viehwegs. Nicht zuletzt muß Maihofers Versuch angeführt werden, die Erkenntnisse der Existenzphilosophie für eine Überwindung des Positivismus fruchtbar zu machen.

Als zusammenfassendes Ergebnis mag festgehalten werden, daß der rechtswissenschaftlichen Positivismus im Rechtsdenken des 20. Jahrhunderts als überwunden angesehen werden kann, was aber nichts anderes beinhaltet als die Bejahung gewisser überpositiver Bindung jeder Rechtssetzung, und damit auch die Möglichkeit, die Denkform der "Natur der Sache" für die juristische Arbeit fruchtbar zu machen.

Mit der Anerkennung einer überpositiven Bindung der Rechtswissenschaft verbindet sich jedoch nicht sogleich eine bejahende Haltung zum Naturrechtsgedanken. So kann beispielsweise trotz des starken Einflusses der katholischen Sozial- und Naturrechtslehre, und bedingt auch der protestantischen Sozialethik auf das öffentliche Rechtsleben (563) jene überpositive Bindung aus guten Gründen (564) nicht in christlichen Naturrechtsidealen und Gerechtigkeitsideen erblickt werden. Jene Bindung, der sich eine Rechtsregelung (sofern sie Recht sein will) nicht entziehen kann, besteht vielmehr in den verschiedensten Vorgegebenheiten des Rechts, den sog. Realien und in den mannigfaltigen Aufgegebenheiten jeder Rechtsordnung, den sog. Idealien (565).

(562) vgl. genauer die oben angegebene Literatur

(563) vgl. Boehmer Grundlagen II 1

(564) vgl. etwa Wieacker Privatrechtsgeschichte S. 608

(565) vgl. Henkel, Einführung S. 160 - 339 ff.

Die Anerkennung solcher Bindung ist kein "konkretes Naturrecht", sondern vernünftige Bekenntnis zu einer jeder Positivität entzogenen Verflechtung von Norm und Wirklichkeit.

cc.) "Natur der Sache" als Generalbegriff realer überpositiver Rechtsbindung

Die Vorgegebenheiten, d.h. die Realfaktoren meinen den in der Wirklichkeit gegebenen Gegenstand rechtlicher Regelung. Als solche Vorgegebenheiten kommen die mannigfaltigsten Gegebenheiten der Wirklichkeit in Betracht. Als Beispiele solcher realer Faktizität des Gegebenen kommen in Betracht: die anthropologische Grundhaltung des Menschen, die Naturtatsachen, Institutionen und andere objektive Gegebenheiten. Die "Natur der Sache" erfordert nun die Beachtung der Existenz dieser der dem Menschen begegnenden Wirklichkeit. Aber mit der bloßen Anerkennung der Faktizität ist die Reichweite der "Natur der Sache" nicht erschöpft. Die Natur der Sache erfordert nicht nur die Beachtung der Realität von Grundstücken, sondern auch deren typischen Eigenschaft der Unbeweglichkeit. Die "Natur der Sache" umfaßt also auch die Ausrichtung rechtlicher Regelung auf die den Dingen objektiv gegebenen Eigenarten. Die Denkform der "Natur der Sache" ist also nicht auf bloße Faktizität hingeordnet, sondern schließt deren "Bedeutsamkeit für menschliche Sozialbezüge mit ein" (566).

Für die juristische Handhabung ist die Natur der Sache der "auf eine Rechtsidee bezogene Sinn eines Lebensverhältnisses" (567). Die Natur der Sache erfordert also etwas über die konkrete Faktizität hinausgehendes. Wer von der Natur der Sache spricht, meint also, "daß die Dinge, insbesondere die menschlichen Lebensverhältnisse, vor aller Normsetzung schon einen bestimmten Sinn und eine durch ihn geforderte Ordnung bis zu einem gewissen Grade in sich tragen, und daß es gelte, diese ihrer Natur und d.h. ihrem objektiven Zweckgedanken (ihrem telos) entsprechende Ordnung zu erkennen und durch das Recht näher auszugestalten" (568). Diese Vorgegebenheiten sind sowohl in ihrer konkreten Faktizität als auch in ihrer Bedeutsamkeit für menschliche Sozialbezüge (569) positivistischer Rechtsetzung entzogen, wirken vielmehr gestaltend auf eine rechtliche Regelung ein.

(566) Henkel aaO. S. 290

(567) Gustav Radbruch Laun-Festschrift S.162

(568) Larenz ML S. 389

(569) Henkel aaO.

Insofern tragen die Lebensverhältnisse, "wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich" (570), und erfordern eine Beachtung durch den denkenden Juristen.

dd.) "Natur der Sache" kein Generalnenner für alle "facteurs libres"

Die "Natur der Sache" bedarf noch nach einer anderen Richtung einer Eingrenzung. In rechtsmethodischer Hinsicht wird vielfach die Ansicht angetroffen, "es handele sich bei diesem Prinzip nur um einen Generalnenner für alle "facteurs libres", d.h. die Werturteile, Korrekturen und Fortbildungsprinzipien, die man nicht systematisch vornehmen kann" (571). Die Gefahr, die "Natur der Sache" als Generalnorm korrektiver Funktion zu begreifen, folgt aus der häufig einseitigen Verwendung dieser Denkform etwa in dieser Art: Wo eine gesetzliche Regelung als der Natur der Sache entsprechend angesehen wird, ergeben sich keine Probleme. Kann doch eine angemessene Problemlösung im Einklang mit der Norm gefunden werden, was ein Eingehen auf die Natur der Sache als überflüssige rechtsphilosophische Betrachtung ohne jede praktische Bedeutung erscheinen läßt. Nur bei "Offenheit" einer normativen Regelung, d.h. bei begrifflicher Inhaltlosigkeit und Regelungslücken und bei offenkundiger Normverfehlung (572) wird die Natur der Sache aktuell für die juristische Problemlösung; sei es als Denkform, Auslegungs-, Fortbildungs- oder als Korrekturprinzip. Diese einseitige Verwendung der Natur der Sache führt schließlich zu einer Verkennung ihres überpositiven materiellen Gehaltes (573), zu einer Gleichsetzung des rechtsmethodischen Ausflusses mit ihrem Wesen, und zur Verwechslung und Gleichstellung von Form und Gehalt. Das Prinzip "Natur der Sache" beinhaltet immer den gleichen Gehalt, verschieden ist einzig die praktische Verwendung. So kann die Natur der Sache mittels der ihr eigenen, der Wirklichkeit des Faktischen zugewandten Blickrichtung eine Hilfestellung bei der Schaffung einer rechtlichen Regelung darstellen, eine Auslegungshilfe beinhalten oder gar als Korrekturprinzip eine Funktion bei der Rechtsfortbildung erfüllen.

(570) Dernburg aaO.

(571) Esser Grundsatz S. 102 Anm. 49, vgl. auch folgenden Satz dieser Anmerkung "Mit der Zeit verdichtet sich eine solche Masse von "Billigkeits"-Normen zu einem festen System von tradierter Autorität"

(572) vgl. etwa § 54 BGB

(573) vgl. oben cc.)

Feststeht, daß sich ihr Wesen nicht darin erschöpft, ein Generalnenner für alle rechtsfortbildenden und rechtskorrigierenden Prinzipien zu sein. Ihr Wesen besteht darin, die Blickrichtung der Rechtswissenschaft auf die Gegebenheiten der konkreten Faktizität und deren Bedeutung für menschliche Sozialbezüge zu richten (574).

ee.) juristische "Reichweite" der Natur der Sache

Über die Tragweite der Natur der Sache für die Jurisprudenz ist noch keine Klarheit erzielt worden. Maihofer meint (575) über die Natur der Sache ein "konkretes Naturrecht" aufstellen zu können. Die Natur der Sache und der Naturrechtsgedanke meinen jedoch wie Larenz überzeugend dargestellt hat (576) etwas Verschiedenes (577). Auf der anderen Seite finden sich Stimmen, die der Natur der Sache wenig Konkretes für die Rechtswissenschaft verneinen entnehmen zu können. So erklärt Nawiasky: "Die Meinungen über das, was der Natur der Sache entspricht, können stark voneinander abweichen, und dadurch ist dem Subjektivismus Tür und Tor geöffnet" (578). Zustimmung verdient m.E. eine mittlere Stellungnahme, die eine wohlausgewogene Haltung zwischen den Extremen befürwortet, und für ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen real-ontologischer Bindung entsprechend den faktischen Gegebenheiten und gesetzgeberischem Spielraum und legislativer Entscheidungsfreiheit plädiert. Danach kann von der "Natur der Sache" nicht zuviel gefordert werden. Sie gibt nur die Grundzüge und Elemente einer rechtlichen Regelung (579). Sie bietet "Ordnungselemente, aber keine Ordnung selbst" (580). In diesem Sinne erkennen auch Henkel und Engisch die überpositive Bindung des Gesetzgebers an die Seinsgegebenheiten (581), fordern aber für die Legislative die Freiheit, die konkrete rechtliche Ordnung nach eigenem Ermessen zu gestalten.

(574) vgl. Henkel aaO. S. 290

(575) Maihofer ARSP 44, 145 ff. aaO.

(576) vgl. Larenz Nikisch-Festschrift S. 287

(577) vgl. auch zur Kritik des sog. existentiellen Naturrechts Henkel S. 413 ff.

(578) vgl. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre 2. Aufl. S. 145; vgl. auch Würtenberger, Die geistige Situation der Strafrechtswissenschaft 1957 S. 14 ff.

(579) Larenz ML S. 389

(580) Coing Rechtsphilosophie S. 119 ff.

(581) vgl. Henkel, Einführung S. 288 - 298;
vgl. Nikisch "Die Idee der Konkretisierung"

Esser (582) versteht die Natur der Sache als Prinzip richterlicher Rechtsfindung (583), "das seine vorjuristische Wertung schon in den Rahmen des institutionellen Denkens stellt" und kennzeichnet die Natur der Sache als die "einer bestimmten Einrichtung zugedachte Ordnungsaufgabe", worin freilich "ein philosophisch-spekulatives Element" liege.

Als abschließende Stellungnahme für diese vermittelnde und ausgleichende Ansicht sei hier Stratenwerth angeführt. Nach ihm können "die Schlüsse aus der Natur der Sache.... nur die wesentlichen Sachzusammenhänge festlegen, nicht aber deren rechtliche Einzelbewertungen präjudizieren" (584).

ff.) Die "Natur der Sache" und der Begriff "unbillig" im § 131 AO

Die Natur der Sache gibt nur Grundzüge, Ordnungselemente, Grundstrukturen und Vorformen des Rechtes ab. Fraglich erscheint also, ob eine solche auf die Bestimmung eines "Rahmens" anwendbare Denkform etwas für die Präzisierung des Begriffes "unbillig" zu leisten vermag, wo sie doch nur die Struktur einer Ordnung prägt, aber nicht ins Einzelne ausformt. So folgt aus der Natur der Sache an die Voraussetzung einer unbilligen Härte gebundenen Steuererlasses zwar, daß der getroffene Steuererlass nicht zu einer Erweiterung der bisherigen Existenzgrundlage führen darf, also den Steuerschuldner nicht über den Erlass hinaus begünstigen darf (585), wann jedoch der Grad der Belastung so stark ist, daß von einer Unbilligkeit gesprochen werden muß, kann aus der Natur der Sache wegen ihres nur Grundzüge prägenden Wesens abgeleitet werden.

(582) Grundsatz und Norm S. 101 - 102

(583) vgl. auch Wieacker, Gesetz und Richterkunst S. 13; Fechner, Rechtsphilosophie S. 150

(584) Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache 1957 S. 28

(585) vgl. FG Bremen vom 26.2.58 EFG 314

In diesem Sinne sagt auch Larenz (586); "Welcher Grad von Nachlässigkeit oder von mangelnder Rücksichtnahme in einen konkreten Fall noch hineingenommen werden muß, welcher dagegen zu einer Kündigung aus "wichtigem Grund" oder zum Ausschluß eines Gesellschafters nach § 737 BGB oder zu einer ähnlichen Maßnahme berechtigt, das kann uns die Natur der Sache mit der für die Entscheidung des Einzelfalles erforderlichen letzten Genauigkeit deshalb nicht sagen, weil sie nur etwas über das typische und in diesem Sinne Konkret-Allgemeine aussagt, dem die unendliche Vielheit des Einzelnen oder Individuellen als das aus dem Allgemeinen nicht mehr Ableitbare gegenübersteht".

g.) Zweckmäßigkeit und der Begriff "unbillig"

Während der Herrschaft des Nationalsozialismus wurde das Wesen der Zweckmäßigkeit darin erblickt, "den Erfordernissen des Volksganzen und der Verwaltung Rechnung" zu tragen (587). Hierin findet die Meinung ihren Ursprung, welche in der Zweckmäßigkeit typisch nationalsozialistisches Gedankengut erblickt (588); was zu einer ablehnenden Haltung gegenüber dem Gedanken der Zweckmäßigkeit in der höchstrichterlichen Rspr. (589) und der überwiegenden Ansicht der Steuerrechtsliteratur (590) führte. Es ist das Verdienst Henkels (591), dem Gedanken der Zweckmäßigkeit in den Rechtswissenschaften wieder die gebührende Achtung verschafft zu haben (592). Im einzelnen unterscheidet Henkel drei Kategorien von Zwecken: 1.) die real vorgegebenen Zwecke, die in den rechtlich zu regelnden Sozialbeziehungen enthalten sind, und die fordern, daß das Recht, das zur angemessenen Ordnung des Soziallebens berufen ist, den realen Zweckstrebungen der Menschen, die in Sozialbeziehungen zueinander treten, nach Möglichkeit entspreche.

- (586) vgl. Larenz, Nikisch-Festschrift S. 291
- (587) vgl. Begründung zum StAnpG RStBl 1934,1398
- (588) vgl. Fließbach StuW 1953, Sp.437 ff.; 1956, Sp.269 ff.; 1958, Sp.753 ff.
- (589) Gutachten des BFH GrS D 1/51 S.v.17.4.1951, BStBl 1951 III,107
- (590) vgl. Fließbach StuW.Sp.427,1953, vgl.Diss.Steinhauer S.60 - 67
- (591) vgl. Einführung, Henkel S. 331 - 333
- (592) Henkel verweist zwar seinerseits auf die Radbruch'sche Rechtsphilosophie, kritisiert jedoch, m.E. zu Recht, dessen Vertauschen der Zweckkategorie mit der Wertkategorie vgl. aaO. S. 331

2.) Die den Rechtsnormen und Rechtsinstitutionen zur Rechtsverwirklichung aufgegebenen Zwecke, d.h. die vom Recht gesollten Zwecke.

3.) Den Zweck der Handlichkeit des Rechts in seiner Anwendung auf die Lebensfälle, d.h. die Forderung nach Praktikabilität und Brauchbarkeit des Rechts (593). Der Gedanke der Zweckmäßigkeit ist wegen seiner Vielschichtigkeit und Verhaftung in den Momenten der Vorgegebenheit und Aufgegebenheit des Rechtes Ausfluß der Rechts-idee, die von Henkel als die fordernde Idee "richtigen Rechts" erkannt wird (594). Die Zweckmäßigkeit liegt also jeder "richtigen" Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung zugrunde; sie ist ein Leitgedanke jeder Rechtswissenschaft und damit zugleich ursprünglichste Forderung an jeden, der Recht schafft. Bei dieser Betrachtung wird offenkundig, daß die Zweckmäßigkeit kein typisch nationalsozialistisches Gedankengut sein kann, daß höchstens Zerrbilder ihres Wesens unter der Herrschaft des Nationalsozialismus (595) von solcher Kritik betroffen sein können. Die Zweckmäßigkeit selbst dagegen muß auch heute eine Grundforderung der Rechtswirklichkeit sein. Daraus folgt jedoch nicht, daß der Begriff "unbillig" über den Grundsatz der Zweckmäßigkeit präzisiert werden kann. Denn der Grundsatz der Zweckmäßigkeit ist selbstverständliche Zusatzforderung bei jeder Rechtsformung und -gestaltung, ersetzt aber nicht jegliche anderweitige materielle Ausformung. Das heißt, selbst nach Konkretisierung des Begriffes "unbillig" verlangt die Zweckmäßigkeit eine zusätzliche Kontrolle unter dem Gesichtspunkt der Zweck-Gemäßheit als "Entsprechung vorausgesetzter Zwecke" und unter dem Blickwinkel der "angemessenen Zweckverwirklichung durch das Recht" (596). Der Begriff "unbillig" kann also nicht über den Grundsatz der Zweckmäßigkeit konkretisiert werden.

(593) vgl. aaO. S. 332 - 333

(594) vgl. aaO. S. 300 ff.

(595) vgl. die obige Formulierung aus RStBl 1934, 1398

(596) vgl. aaO. S. 331

h.) Ausfüllung des Begriffes "unbillig" durch die Gesichtspunkte der Zumutbarkeit, Treu und Glauben und der Vermeidung von Sachwidrigkeit

aa.) Der Bundesfinanzhof spricht in einer älteren Entscheidung von einer "unbilligen Zumutung" (597) und prüft unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit die Frage nach der Zumutbarkeit. Fraglich ist, also ob der Begriff "unbillig" durch den Gedanken der Zumutbarkeit ausgefüllt zu werden vermag.

Nach einer geläufigen Formulierung im Privatrecht ist eine Leistung nicht zumutbar, wenn ihre Bewirkung zwar möglich, vom Schuldner aber nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zu vertreten ist (598). Diesen begrifflichen Irrwisch hat Wieacker in seiner Schrift "Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB" geklärt. Danach gehört die Zumutbarkeit zur zweiten Funktionsschicht des § 242 BGB, worunter "alle Maximen richterlicher Anforderungen an das persönliche rechtsethische Verhalten einer Prozeßpartei, auch wo sich diese Anforderung mit rechtsethischem Tadel nicht verbindet (dolus praesens)" (599) fallen. Die Leistungsverweigerung wegen Unzumutbarkeit ist nach ihm eine besondere Ausformung des Gebotes des civiliter agere, nämlich nichts zu fordern, was die elementare Menschenwürde verletzt (600). Ein "Inciviliter agere" des Klägers liegt vor, wenn er sich rücksichtslos über die Belange des Gegners hinwegsetzt, also in einer den Gegner unangemessen schädigenden Weise die Befriedigung eigennütziger Interessen durchsetzen will (601). Die rechtsethische Grundlage besteht darin, daß sich "der Kläger durch eigenes Abgehen vom rechtsgenössischen Standard um die Ausübung seines Rechtes bringt". Denn die Rechtsgemeinschaft setzt die fortwährende Bereitschaft voraus, "sich selbst so zu verhalten, daß dauernder Rechtsfriede möglich ist; sie wird folglich durch ein egozentrisches, für den Partner völlig erblindetes Pochen auf Rechte ausgeschlossen.

(597) vgl. BFH IV 170/51 v.6.6.1951, BStBl 1951, StRK AO § 167 R.1

(598) vgl. Diss.Steinhauer S. 82 und seine Verweisung auf das Grimm'sche Wörterbuch

(599) vgl. Wieacker aaO. S. 27

(600) vgl. Soergel-Siebert § 242 9.Auflage Anm.20; vgl. Wieacker S.36 aaO.

(601) vgl. BGH WM 1967,645; Soergel-Siebert 10.Auflage § 242,262

Latent kommt hierin auch die Verletzung der Gleichheitsforderung zum Ausdruck: niemand würde sich ja selbst eine solche Rücksichtslosigkeit zumuten lassen" (602). Ähnlich wie im Privatrecht soll die Zumutbarkeit auch im öffentlichen Recht dazu bestimmt sein, übermäßiges Verlangen und rücksichtsloses Fordern der Verwaltung zu begrenzen (603). Demach könnte eine Unbilligkeit der Steuereinzahlung dann vorliegen, wenn ihre Einziehung für den Steuerpflichtigen unzumutbar wäre (604).

Das im Verbot des inciviler agere gelegene spezifische rechtsethische Moment des konkreten Vorwurfes einer illoyalen Rechtsgesinnung, einer zu mißbilligenden subjektiven Fehlurteilung, d.h. einer ganz unverhältnismäßigen Überbewertung des eigenen Interesses (605) läßt jedoch die Übertragung des Grundsatzes der Zumutbarkeit auf das Verhältnis Staat-Bürger, zumindest im subordinationsrechtlich-hoheitlichen Bereich als ungeeignet erscheinen. Denn wie sollte die Überbewertung staatlicher Interessen als fehlerhaftes persönliches rechtsethisches Verhalten des Beamten gedeutet werden? Auch kann ein etwa gegebenes fehlerhaftes rechtsethisches Verhalten des Beamten nicht mittels fehlinterpretierter Organe der Staat zugerechnet werden, da ein solcher rechtsethischer Verstoß nur in den persönlichen situationsbedingten Anforderungen der Gerechtigkeitsidee denkbar ist (606). Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn sich Staat und Bürger im Gleichordnungsverhältnis, d.h. mit gleichen Rechten und Pflichten bewaffnet gegenüberstehen. Dies ist jedoch im Steuerverhältnis nicht der Fall. Der Begriff "unbillig" kann also nicht mit dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit aufgefüllt werden.

An anderen Ergebnissen kommt die Rspr. offensichtlich deshalb, weil sie auf den konkreten Vorwurf einer illoyalen Rechtsgesinnung verzichtet und vorwiegend auf ein objektives Mißverhältnis der Interessen des Fordernden zu denen seines Gegner blickt. (607). Darüberhinaus führt diese Ansicht zumindest im Bereich des öffentlichen Rechts zu einer Verwechselung des Grds. der Zumutbarkeit mit dem der Verhältnismäßigkeit; hierzu vgl. jedoch unten. - Ob der Grundsatz der Zumutbarkeit bei den Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen etwa wegen der besonderen "Pflichtenverpflichtung" angewandt werden kann, soll hier dahingestellt bleiben.

(602) Wieacker aaO. S. 34

(603) vgl. ForsthoFF "Verwaltungsrecht" S.300;
vgl. auch Tipke-Kruse, Reichsabgabenordnung
Anm.27 zu § 2 StAnpG

(604) vgl. Steinhauer, Diss. S. 83 - 85

(605) vgl. Wieacker aaO. S. 34 - 35

(606) vgl. Zur Geschichtlichkeit und Situationsbezogenheit jeder sittlichen und rechtlichen Entscheidung vgl. Welzel S. 243 ff. Naturrecht

(607) Zur Kritik zu dieser Haltung vgl. Wieacker
aaO. S. 34 - 35

bb.) "Treu und Glauben" ist eine Blankettnorm für neue Rechtsgedanken (608) wie z.B. die Problem-entwicklung der "Unzumutbarkeit", "Wegfall der Geschäftsgrundlage", "Treuepflichten" und "Unzulässigkeit der Rechtsausübung". Die oftmalige Behauptung, Treu und Glauben seien auch im Steuerrecht gültig (609), kann nur dahingehend verstanden werden, daß die im Bereich des § 242 BGB gefundenen und entwickelten, überpositiven Rechtsgrundsätze auch im Steuerrecht Geltung beanspruchen. Dem ist, soweit die Problemlage die Anwendung solcher Grundsätze als gerechtfertigt erscheinen läßt, zuzustimmen. Der Charakter des § 242 als Blankettnorm für neue Rechtsgedanken und der Charakter des Begriffspaares "Treu und Glauben" als Generalnenner für eine Rechtsfortentwicklung lassen jedoch keine Gleichsetzung von "billig" einerseits und "Treu und Glauben" andererseits zu.

cc.) Billigkeit als Vermeidung von Sachwidrigkeit ?

Das Gebot sachfremde Erwägungen zu vermeiden, ist eine Fundamentalforderung für jede Rechtsgestaltung und Rechtsanwendung. Die Forderung der Vermeidung sachfremder Erwägungen fußt auf dem rechtsstaatlichen Willkürverbot und dem verfassungsrechtlichen richterlichen Idealbild vom integren, von allen persönlichen und sächlichen Bindungen befreiten Rechtsanwender, welches ethisch und rechtsgeschichtlich letztlich auf die Kierkegaard'sche Forderung nach Redlichkeit und die Thomas'sche Tugend der constantia zurückgeführt werden kann. Den Begriff "unbillig" durch den Grundsatz der Vermeidung sachfremder Erwägungen zu konkretisieren (610) ist demnach ebenso wenig gerechtfertigt, wie die Gleichsetzung von "unbillig" mit "zweckwidrig" (611). Das Verbot sachfremden Handelns versteht sich für jeden der Gerechtigkeitsidee unterworfenen Juristen von selbst und bedarf keiner Ansiedlung in "unbestimmten" Rechtsbegriffen.

i.) unbillig als ~~un~~verhältnismäßig

aa.) die verfassungsrechtliche Positivierung

Die verfassungsrechtliche Qualität des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit wird heute nicht mehr ernsthaft bestritten. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist Ausfluß des Übermaßverbotes, welches seinerseits eine Grundforderung staatsrechtlichen Denkens ist. Die Rechtfertigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird zum Teil aus demokratisch-egalitären Gedankengut, zum Teil aus rechtsstaatlich-traditionellem Gedankengut und nicht zuletzt aus übergreifenden Verfassungsprinzipien entnommen (612).

(608) vgl. Esser, Grundsatz S. 221; Wieckaer aaO.

(609) vgl. Tipke-Kruse AO Anm. 25 zu § 2 StAnpG;
BFH vom 2.12.1959 BStBl 1960 III, 127;
BFH vom 6.8.1963 BStBl 1963 III, 515;
Steinhauer Diss. S. 86 - 89

(610) vgl. Diss. Steinhauer S. 80

(611) vgl. oben g.)

(612) vgl. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht
S. 29, 46

Nach der bisher gründlichsten Untersuchung über den Problemkreis "Übermaß und Verfassungsrecht" von Peter Lerche fußt die eigentliche Rechtfertigung des Übermaßverbotes und damit auch des Verhältnismäßigkeitsgrds. in "der soziologisch bedingten Entfaltung eines selbständigen dirigierenden Teiles der Verfassung" (613). Es kann also von der verfassungsrechtlichen Qualität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgegangen werden.

bb.) unbillig als unverhältnismäßig

Nach Steinhauer (614) ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein Postulat der Gerechtigkeit und damit auch Ausfluß des Billigkeitsgedankens. Unter Zitierung von Tipke-Kruse (615) sieht er im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine "verwaltungsrechtliche Ausformung der Billigkeit". Diese Ansicht versucht er wenig später zu präzisieren. Unter Darlegung verschiedener von Tipke verwandter Beispiele zum Problemkreis Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit erklärt er (616): "Solche Beispiele aus der Judikatur und der Lehre erweitern ständig den Begriffskern -Verhältnismäßigkeit - , so daß auch dieser Begriff mithilft "den der - Billigkeit - auszufüllen und zu ergänzen. Es zeigt sich hier wieder einmal mehr, daß unbestimmte Rechtsbegriffe - wie Zumutbar und Verhältnismäßigkeit - nicht durch erschöpfende Definitionen sondern nach und nach allein durch - Fallvergleiche - erfaßt werden können". Nun ist zwar richtig, daß der Rechtsgehalt vieler "unbestimmter Rechtsbegriffe" und "Generalklauseln" von der Judikative durch Fallvergleich konkret getroffener Problemlösungen rechtsschöpferisch konkretisiert wird, bis ehemals "leere Rechtsräume" mit festumrissenen Rechtsprinzipien aufgefüllt werden (617). Dies trifft auch auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu. "Es ist nicht seine Aufgabe, konkrete - Standards - verbindlich und fertig zu liefern" (618); er muß sich vielmehr "auf äußere Direktiven und allgemeine Zwischenformeln zurückziehen" (619).

(613) vgl. Lerche aaO. S. 350; vgl. auch S. 53 - 98 ff

(614) vgl. Diss. aaO. S. 79

(615) AO vgl. Anm. 29 zu § 2 StAnpG

(616) vgl. aaO. S. 85

(617) vgl. hierzu Esser Grundsatz und Norm

(618) vgl. Lerche aaO. S. 224

(619) aaO.

Diese äußere Struktur des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gibt jedoch einen klaren Ansatz, welcher nicht verlassen werden darf, da der Grundsatz ansonsten in einen rechtlich völlig ungesicherten Bereich abgleiten würde und damit seine Brauchbarkeit für die juristische Arbeit verlieren müßte. Diese äußere Struktur besteht in einem bestimmten begrenzten Rahmen für eine zu treffende Güterabwägung. Dieser Rahmen besagt, daß Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zweckes eingesetzt werden, dem Zweck adäquat sein müssen. Mittel und Zweck werden in ihrem Verhältnis zueinander gewogen. Die Übertragung dieses Rahmens auf das hier zu entscheidende Problem bringt folgenden Ansatz für die Güterabwägung: Die Einziehung der Steuern ist unverhältnismäßig, wenn das Mittel, d.h. die Einziehung der Steuern dem Zweck, welcher darin besteht, dem staatlichen Gemeinwesen die zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben erforderlichen Geldmittel zu verschaffen, unangemessen, unadäquat ist.

Da aber die Einziehung, sei es mit oder gegen den Willen des jeweils betroffenen Steuerpflichtigen letztlich das einzige Mittel ist, dem Staat die durch das Steuergesetz auferlegten Gelder auch wirklich zu verschaffen, könnte eine Unverhältnismäßigkeit der Einziehung nur dann gegeben sein, wenn der Staat die Mittel nicht benötigte, was jeder Parkinson'schen Erkenntnis widerspräche und auch sonst noch Folgen verfassungsrechtlicher Art in bezug auf die Gültigkeit des betreffenden Gesetzes aus dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Steuerbegriffes haben müßte, oder wenn die einzuziehenden Geldmittel so gering wären, daß der Aufwand nicht lohnte, was aber schon wegen der Masse der gleichgelagerten Tatbestände nur selten der Fall sein dürfte.

Dies macht offenkundig, daß bei einer Konkretisierung des Begriffes "unbillig" durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der § 131 AO praktisch keine Anwendung finden würde, was dem Sinn und Zweck der Vorschrift schlechterdings nicht entsprechen kann. Der Begriff "unbillig" kann demnach also nicht durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit präzisiert werden.

j.) "unbillig" als Verweisung auf die Individualität des Falles

aa.) Die Rechtsordnung als abstrakt-generelle
Regelungsordnung

Es gibt zunächst zwei Möglichkeiten der Betrachtung eines Gegenstandes, nämlich einerseits die generalisierende- und andererseits die individualisierende Betrachtung.

Die erstere Möglichkeit sieht einen Gegenstand als Erscheinung einer Art oder Gattung von Gegenständen; die zweite Möglichkeit hebt die Einzigartigkeit des Gegenstandes hervor (620). Diese beiden verschiedenen Betrachtungsweisen sind auch in der juristischen Betrachtung möglich. Jedoch werden beide Möglichkeiten nicht in gleichem Umfang in der Rechtswissenschaft verwandt. Denn "die Rechtsordnung interessiert sich nicht für Individualitäten, sondern nur für das Typische" (621), i.S.d. Abstrakt-Generellen. Der Grund hierfür ist nicht nur in der "allgemeinen Ordnungstendenz des Rechts" zu suchen, sondern auch im "Wesen der Gerechtigkeit, die, indem sie auf Ausgleich gerichtet ist, auch eine gewissen Gleichmäßigkeit in der rechtlichen Behandlung einer Vielzahl von Fällen erfordert, solcher Fälle, die in einem erheblichen Teil ihrer Merkmale einheitlich oder ähnlich gelagert, also vergleichbar sind" (622). Letztlich liegt auch in der individualisierenden Betrachtung ein anarchisches Element, welches nur durch generalisierende Betrachtung, d.h. Betrachtung nach einer allgemeinen Regel, überwunden werden kann. Denn der unendlichen Fülle individueller Wirklichkeit in der juristischen Wirklichkeit zu entsprechen, hieße nichts anderes als die Jurisprudenz anzuweisen, die vitalen Lebenskonflikte nicht durch intellektuelle Diskussion der gegebenen Problemlage und nach einer aus der konkreten Sachproblematik begründeten allgemeinen Regel zu klären und zu entscheiden, sondern sie einem archaischen Usus irrationaler Lebensgewohnheiten und ungebundener Gewalten zu überantworten.

Die Rationalität der Bindung einer Entscheidung an eine abstrakt-generelle Regel ermöglichte erst eine "rational begründete und daher auch rational überprüfbare, der Willkür und dem Eigennutz entrückte" (623) Jurisprudenz. Die ungehemmte individualisierende Betrachtung würde dieses rationale Prinzip zugunsten der irrational drängenden Lebensgewalten preisgeben, und mit der Preisgabe einer rationalen Ordnung den Weg zu willkürlicher Machtherrschaft freigeben.

(620) vgl. Henkel, Recht und Individualität S. 1 ff.

(621) Coing, Rechtsphilosophie S. 17; Henkel, Einführung S. 353

(622) Henkel aaO. S. 17

(623) Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 188

Die rationale Technik ist unabdingbare Voraussetzung einer entwickelten Fachjurisprudenz, und "indem sie ein rationales Prinzip fand, das den gewaltsamen Austrag menschlicher Konflikte wenigstens innerhalb der Staaten ersetzte, hat die Jurisprudenz eine der wesentlichen Voraussetzungen für den Aufstieg der materiellen Kultur, besonders der Verwaltungskunst, der rationalen Wirtschaftsgesellschaft und selbst der technischen Naturbeherrschung der Neuzeit, geschaffen".(624)

Der Rechtswissenschaft ist also vorwiegend die generalisierende Betrachtung eigen; dies bedeutet aber, daß die vielfältige Erscheinungswirklichkeit von der Jurisprudenz nach ihrer "Lebenstypizität" (625) im Tatbestand und Rechtsfolge eines Gesetzes schablonisierend geregelt werden. Unterstützt wird diese generalisierende Betrachtung noch durch die begrenzten Mittel der rechtswissenschaftlichen Technik, d.h. vorwiegend durch die Eigenart des Begriffes. Denn das Wesen des Begriffes besteht darin, die unendliche Mannigfaltigkeit der Wirklichkeit zu ordnen und hierbei die Einzigartigkeiten der betroffenen Regelungsgegenstände abzutöten (626).

bb.) Die Bedeutung der Individualität im Recht

Das Streben der Rechtsordnung nach generalisierender Betrachtung wird aber teilweise ergänzt durch individualisierende Tendenzen. Die Berücksichtigung individueller Momente in der Rechtswirklichkeit kann auf Grund der verschiedensten Gesichtspunkte zwingend erforderlich sein. Henkel (627) nennt als solche Gesichtspunkte insbesondere die Vorgegebenheiten der Regelungsmaterie, die Tendenzen der Rechtsidee und schließlich sogar metarechtliche Strömungen. Als Beispiel für die individualisierende Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der Vorgegebenheit der Regelungsmaterie nennt er die Höchstpersönlichkeit der Beziehungen im familiären Bereich; im Bereich der Tendenzen der Rechtsidee führt er als Beispiel für eine individualisierende Behandlung den Widerspruch zwischen grundsätzlicher Gleichbehandlung und individualisierender Gerechtigkeit an, und im unbestimmten Gebiet der metarechtlichen Strömungen verweist er auf die Entwicklung des modernen Strafrechts "vom Tatstrafrecht zum Täterstrafrecht" hin.

(624) Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 69;
siehe auch S. 94 - 96, 189 - 188, 202, 272

(625) Henkel, Einführung S. 353

(626) Engisch, Konkretisierung S. 200

(627) vgl. Henkel, Einführung S. 361 - 364

Diese verschiedenen Gründe können also eine Ergänzung der abstrakt-generellen Regelung unter dem Blickwinkel der dem konkreten Fall eigenen Individualität zwingend erfordern.

Fraglich erscheint jedoch, wie die Berücksichtigung der Individualität rechtstechnisch zu bewältigen ist; sind doch die Rechtsnormen aus Begriffen, d.h. aus abstrakt-generellen Gebilden zusammengefügt. Jedoch bietet sich für Gesetzgeber und Rechtswender im Rahmen unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklausel die Möglichkeit, die Individualität des Falles zu berücksichtigen. "Es ist zunächst eine paradox erscheinende Feststellung, daß, je "konkreter" und damit merkmalsbestimmter ein Begriff ist, umso sicherer und entschiedener die Berücksichtigung der Individualität des ihm zu subsumierenden Lebensfalles ausgeschlossen wird, während der abstrakte und unbestimmte Begriff bei der Rechtsanwendung in dem Maße seiner Abstraktion das Eingehen auf die individuelle Gestaltung des Falles erlaubt bzw. sogar erfordert. Während die kasuistische Methode der gesetzlichen Begriffsbildung die außerhalb ihrer selbst liegenden Merkmalsfülle der Fall-Individualität außer Betracht setzt, ist es gerade der abstrakte und dadurch merkmalsarme unbestimmte Begriff, der in seiner Anwendung auf den Einzelfall danach verlangt, mit dem Leben des Besonderen und Einmaligen der Wirklichkeitserrscheinung erfüllt zu werden" (628). Denn "bei diesen Begriffen vollzieht sich der Wertungsakt nicht im diskursiven und verallgemeinernd-abstrahierenden Denkprozeß, wie er dem regelhaften Subsumtionsakt eigentümlich ist, sondern in einem zwar nicht nur irrational bestimmten, sondern auch rational bedingten, aber doch intuitiven Urteil, das auf der Anschauung des einzelnen Lebenssachverhaltes beruht" (629). Die unbestimmten Rechtsbegriffe erfordern also wegen ihrer inhaltsarmen Struktur eine Hinwendung zur Individualität. Gleiches gilt für die Generalklauseln, die nichts anderes als Aufhänger individualisierender Rechtsfindung sind (630). Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklausel bieten also der individualisierenden Betrachtung Raum.

(628) Henkel, Einführung S. 356

(629) Henkel, Einführung S. 357

(630) vgl. Esser, Grundsatz S. 150/151
Henkel, Einführung S. 357

cc.) "unbillig" als Verweisung auf die konkrete Individualität des zu entscheidenden Falles

Das Steuerrecht ist als Masserecht typischer Weise gekennzeichnet durch die Verwendung begrifflich-abstrahierenden Denkens und durch abstrakte-generelle Regelungsanordnungen. Gerade die Vielzahl der vom Steuerrecht zu beachtenden wirtschaftlichen Vorgänge und die Millionenzahl der von diesen Vorgängen betroffenen Personen lassen eine sinnvolle Regelungsordnung nur durch Verwendung festumsrisener Begriffe, d.h. letztlich allgemeingültiger Abstraktionen möglich erscheinen. Das Verlangen nach praktischer Durchführbarkeit duldet keine verfeinerte Berücksichtigung der Einzigartigkeit jedes Vorganges. Solche Einzigartigkeit ist aber letztlich jeder menschlichen Handlung eigen. "Wie kein Blatt dem anderen völlig gleicht, so kommt allem und jedem in der Welt Individualität zu; d.h. nicht Unteilbarkeit, sondern Einzigkeit. Einzig ist jeder Augenblick, einzig jeder Ort, einzig jeder Gegenstand, einzig jede Handlung, einzig vor allem jeder Mensch" (631).

Der Begriff "unbillig" kann aber sinnvoll nur als solche Verweisung auf die dem konkreten Vorgang eigene Individualität, d.h. seine Besonderheit und Merkmalseinzigartigkeit begriffen werden. Der Begriff "unbillig" ist die zulässige Einbruchsstelle der Individualität in die wegen seiner Massennatur notwendigerweise generalisierende Betrachtung im Steuerrecht. Dies erklärt auch, warum der Begriff "unbillig" nicht durch Verweisung auf andere abstrakt-generelle Rechtssätze konkretisiert werden konnte; denn solche Normen wie Zumutbarkeit, Natur der Sache, Zweckmäßigkeit.... können ja gerade wegen ihrer generalisierenden Natur nicht das Einzigartige hervorheben. Dies erklärt auch, warum der Gleichheitssatz nicht geeignet ist, den Begriff "unbillig" hinreichend zu erklären. Denn das Einzigartige, das Einmalige, das Individuelle entzieht sich wegen seiner Besonderheit jeder Vergleichsmöglichkeit (632). Der Begriff "unbillig" ist der Durchlaß der Individualität im Steuerrecht. Das heißt für § 131 AO, daß die Steuern zu erlassen sind, wenn die Besonderheit, die einmalige Individualität des Falles dies erfordert. Da aber jeder Steuervorgang einzigartig ist und nicht jede Steuerschuld aus diesem Grunde erlassen werden kann, ist fraglich, wann die Individualität des konkreten Falles die in § 131 AO angeordnete Rechtsfolge erfordert.

(631) Hermann Glockner, Das Abenteuer des Geistes
1938 S. 87

(632) vgl. Larenz, Festschrift-Nikisch S.293 - 294

Gefragt ist also, was der legitimierende Grund für die Berücksichtigung der Fall-Individualität ist, und letztlich diese Berücksichtigung eingrenzt. Gründe für die Beachtung der Individualität in der Rechtswissenschaft sind nach Henkel (633) die Vorgegebenheiten der Regelungsmaterie, Tendenzen der Rechtsidee und metarechtliche Strömungen, wobei er jedoch klarstellt, daß dies nur Richtlinien oder Richtpunkte sind, und "daß Typus (i.S. des allgemein-generellen) und Individualität im Recht Phänomene sind, die in einem Spannungsverhältnis stehen, sich aber nicht in antinomischer Weise ausschließen, sondern in polarer Wechselbeziehung einander fordern und ergänzen" (634). Jedoch scheiden von diesen Richtpunkten für Berücksichtigung der Individualität im Steuerrecht die Vorgegebenheiten der Regelungsmaterie und die Tendenzen der Rechtsidee offenkundig aus. Es ist nicht ersichtlich, daß die Vorgegebenheiten und die Tendenzen der Rechtsidee eine Berücksichtigung erfordern könnten.

Anders verhält es sich mit dem von Henkel als drittem Gesichtspunkt aufgeführten Grund für die Beachtung der Individualität. Henkel bemerkt hierzu: "Es handelt sich hier um metarechtliche Strömungen, die letztlich vom sozialen Ideal der konkreten Rechtsgemeinschaft oder der größeren Kulturgemeinschaft herkommen" (635). Diese "metarechtlichen Strömungen" sind der letzte Grund für die Entwicklung "vom Tatstrafrecht zum Täterstrafrecht", vom rechtslosen Untertan zum integrierten Bürger, und vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat. Inhalt dieser Strömung ist letztlich die Achtung vor der individuellen Personhaftigkeit jedes Menschen und die Erkenntnis der Werthaftigkeit individueller menschlicher Existenz. Im Steuerrecht fordert diese metarechtliche Strömung die Beachtung der Individualität dort, wo die Personhaftigkeit durch Bedrohung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage gefährdet erscheint. Hier fordert die Achtung vor der Personhaftigkeit des integrierten Staatsbürgers den Erlass der diese Personhaftigkeit gefährdenden Steuern. Im Bewußtsein dieser letzten metarechtlichen Grundlage sind Grund und Grenze für die Beachtung der Individualität des konkreten Falles angelegt. Es handelt sich hier letztlich um ein Phänomen, das sich der rechtstheoretischen Erfassung in den Grundlagen entzieht. Mit Wieacker kann man hier von einem "Einbruch der Geschichtlichkeit ins positive Recht" (636) sprechen.

(633) vgl. aaO.

(634) Henkel, Einführung S. 360

(635) Henkel, aaO. S. 363

(636) Wieacker, Präzisierung S. 40

Weiter erklärt Wieacker hierzu: "Gerechtigkeit ist auch ein ius suum cuique saeculo tribuere. Der Gegensatz zwischen den zeitlosen Postulaten der Gerechtigkeit und der geschichtlichen Bedingtheit ihrer Realisierung ist eine der Antinomien der menschlichen Existenz, die durch die Endlichkeit des Menschen im Verhältnis zur Unendlichkeit der idealen Forderung unausweichlich vorgegeben sind und jeweils nur dialektisch (im Sinne der Geschichtsmetaphysik Hegels) versöhnt werden können: hier durch die geschichtlich dauerhaften Durchbrüche zur Erweiterung der rechtsethischen Erfahrung auf eine neue Ebene" (637). Er vergleicht diese Einbrüche der Geschichtlichkeit in das Recht mit der Verkündung der Bergpredigt, dem Parzival-Epos und der Orestie des Aischylos. Feststeht für uns, daß als solcher meta-rechtlicher geschichtlicher Grund das Bewußtsein der Werthaftigkeit der persönlichen Existenz eine individualisierende Betrachtung im Steuerrecht erfordert und bei Bedrohung der Personhaftigkeit den Steuererlaß erzwingt. Der bewußtgewordene Wert der persönlichen Existenz (638) ist letztlich Grund und Grenze der Berücksichtigung der konkreten Individualität ungeachtet der abstrakt-generellen Regelsordnung des Steuerrechtes. Eine begriffliche Umschreibung der Voraussetzungen und des Umfanges dieser Individualität ist aus logischen, in der abstrakt-generellen Natur der Begriffe angelegten Gründen nicht möglich.

dd.) Die Rückströmung zum Allgemeinen

Wegen der dem Recht eigenen Ordnungstendenz strebt die geschaffene Individualität, d.h. vollbrachte Berücksichtigung des Einzigartigen zurück zum Allgemeinen (639). Gerade der Druck zum Individuellen ist Voraussetzung für einen Gegendruck zum Allgemeinen. Übermäßiger Individualisierungsdruck erzeugt zwangsläufig eine Rückströmung zur generalisierenden Betrachtung. Denn bei der individualisierenden Betrachtung im eigensten Sinne handelt der Rechtsanwender auf eigenste Gewissensgefahr, gestützt nur durch die Regeln richterlicher Standeskunst (640), d.h. tradierte Prinzipien praktischer Urteilkunst (641).

(637) vgl. Wieacker S. 40

(638) vgl. etwa Art. 1-18 GG

(639) vgl. oben j.) aa.)

(640) vgl. Esser, Grundsatz

(641) vgl. Wieacker, Präzisierung S. 17;
Esser, JZ 53, 521 ff.

Deshalb sucht der Rechtsanwender im Interesse der Überschaubarkeit und Einheitlichkeit des Rechts nach Richtpunkten und Haltepunkten, die eine gewisse Ordnung im Meer der Individualität erlauben. Denn auch die von der besonderen Individualität des Falles getragene Problementscheidung muß als konkretisiertes Recht die Fähigkeit zur Verallgemeinerung in sich tragen. "In ihrer als Rechtsverwirklichung notwendigen Verallgemeinerungsfähigkeit drängt damit die konkrete Entscheidung des Rechtsanwenders auf Vergleichbarkeit, auf ein Hineinrücken in ein Gefüge des Vergleichbaren. Rechtsanwendung ist, auf das Ganze gesehen, eine kontinuierliche Rechtsverwirklichung an einer Vielzahl von Fällen, die immer auch eine Generalisierungstendenz dahingehend aufweist, den Einzelfall in Beziehung zu anderen zu bringen und auf Vergleichbares abzustimmen" (642)

Um eine Anarchie totaler Individualität zu verhindern muß der Rechtsanwender versuchen, Gruppen von gleichgelagerten Fällen zu bilden. Ähnlichkeiten von unähnlichen Konstellationen zu absorbieren und die totale Individualität zu relativer, d.h. vergleichbarer Individualität umzuformen (643).

Das Chaos unübersehbarer Fallindividualität wird ordnend umgewandelt zu einem offenen Ordnungsgefüge mit tragenden Strukturen und festen Ordnungsbe-reichen. Dem "Impuls zur Individualisierung folgt auf diese Weise ein gegenläufiger Strom", der unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit "zur Generalisierung und Institutionalisierung" des Individual-Rechtes führt (644). Das beste Beispiel für diese Entwicklung ist die rechtsschöpferische Handhabung des § 242 seit dem ersten Weltkrieg und die zunehmende Verfestigung und Erstarrung der anhand dieser Bestimmung entwickelten Rechtsprinzipien, so daß die ehemals individualisierenden rechtsethischen Durchbrüche nur noch Bestandteile eines dogmatisierten und institutionalisierten Ordnungsgefüges korrektiver Funktion sind.

(642) Henkel, Einführung S. 359

(643) vgl. Larenz, Nikisch-Festschrift S. 292 - 297; insbesondere S. 294 - 295. Larenz leugnet zwar von seinem hegelianischen Standpunkt aus die Möglichkeit einer völligen Individualität; mißversteht m.E. Henkel jedoch, wenn er zur Untermauerung seines Standpunktes Henkel's Begriff der relativen Individualität heranzieht. Die relative Individualität ist bei Henkel schon ein Teil der Rückströmung zum Allgemeinen.

(644) Henkel, Einführung S. 360

Einen ähnlichen Weg nahm das moderne Täterstrafrecht mit seiner Typologie der Tätergruppen und anderen vergleichbaren Erscheinungen (645).

ee.) Die Rückströmung zum Allgemeinen im Rahmen des Begriffes "unbillig"

Auch im Rahmen des § 131 AO hat die Rechtsprechung verschiedene Haltepunkte herausgebildet, welche für die Fallbeurteilung ein immer wiederkehrendes Gefüge von Bewertungsmöglichkeiten geben. Als solche generalisierenden Richtpunkte hat die Rechtsprechung zur sogenannten persönlichen Unbilligkeit vorwiegend folgenden Grundsätzen ihr Augenmerk geschenkt:

d.) Erlaßbedürftigkeit

Der Steuerschuldner muß des Steuererlasses zur Aufrechterhaltung seiner persönlichen wirtschaftlichen Existenz bedürfen. Zur Feststellung dieses Tatbestandes kann in der Regel nur auf die Verhältnisse des Steuerpflichtigen abgestellt werden. Danach bedarf der Steuerschuldner des Erlasses, wenn die Verweigerung die ungehinderte Fortführung des Geschäftes oder gar seine wirtschaftliche Existenz gefährden würde (646).

e.) Erlaßwürdigkeit

Erlaßwürdigkeit ist gegeben, wenn der Steuerpflichtige die mangelnde Leistungsfähigkeit nicht selbst herbeiführt oder durch sein Verhalten nicht in eindeutiger Weise gegen die Interessen der Allgemeinheit verstoßen hat. Hierbei wird besonders das Verhalten des Steuerpflichtigen gegenüber der Finanzverwaltung gewürdigt (647).

f.) Gleichheitsgrundsatz

Daß der Gleichheitsgrundsatz schlechthin ungeeignet ist, die totale Individualität zu bestimmen, folgt aus der Unvergleichbarkeit des Einzigartigen. Mit der Rückströmung zum Allgemeinen erwacht jedoch das Gefühl für die relative Individualität als Wiederbeginn einer generalisierenden Beurteilungswiese (648). Diese relative Individualität kann mit Hilfe des Gleichheitsgrundsatzes gewertet werden, denn relative Individualität bedeutet ja nichts anderes als beginnende Vergleichsmöglichkeit besonders gelagerter Fälle (649).

(645) vgl. Henkel, Einführung S. 364

(646) zur weiteren Darlegung der Erlaßbedürftigkeit vgl. die gängigen Kommentierungen zu § 131 AO

(647) vgl. auch hier die üblichen Kommentare zu § 131 AO

(648) vgl. Larenz, Nikisch-Festschrift S. 293

(649) vgl. oben

Hierbei muß der Gedanke der proportionalen Gleichheit maßgebend sein wegen des vollbrachten Durchbruches der Individualität durch die numerische Konformität der generalisierenden Beurteilungsweise. Trotz Wiedererwachens generalisierender Betrachtungsweise kann also zur Bestimmung der relativen Individualität nur die - im Sinne Aristotelischer Terminologie - proportionale Gleichheit dienlich sein.

Als weitere, von der Rechtsprechung jedoch noch nicht verwendete, generalisierenden Richtlinien im Rahmen des § 131 AO kommen noch in Betracht: Das Grundrechtsprinzip des Grundgesetzes mit seinen normierten Weisungen auf Freiheit des Berufes und des Eigentums und das Prinzip der Zumutbarkeit. Letzteres ist zu unterscheiden von der oben schon behandelten Zumutbarkeit. Denn es ist zu differenzieren zwischen dem, was dem Schuldner zugemutet werden kann, von dem, was der Gläubiger dem Schuldner nicht zumuten darf. Für das hier vorliegende Problem kann nur erstere Unterscheidungsmöglichkeit in Frage kommen.

Fräglich ist jedoch, ob dieser Gegenstrom der Institutionalisierung und Generalisierung des Individualitäts-Rechtes nicht zur völligen Verdrängung der ursprünglich geforderten Fallindividualität bei der Rechtsanwendung führt. Henkel (650) verneint diese Gefahr mit folgenden Worten: "Die in den Räumen der Generalklauseln entwickelten Rechtsprinzipien und Institutionen sind nämlich nicht als Tatbestände anzusehen, die eine Subsumtion des Einzelfalles unter die begrifflichen Merkmale des Obersatzes ermöglichen könnten; sie sind nicht fertige anwendbare Normen, sondern nur Richtlinien, die dem Rechtsanwender zwar die Orientierung seines Urteiles an tragenden Rechtsgedanken ermöglichen, ihn aber nicht von der Aufgabe entbinden, das Prinzip im Hinblick auf den Einzelfall weiter zu modellieren, so daß für die konkrete Entscheidung immer ein freier Raum offen bleibt, innerhalb dessen das rechtliche Urteil nur Kraft der "rerum notitia", aus der Anschauung des Falles und seiner individuellen Umstände, letzten Endes also aus einem den Entscheidungsprozeß zumindest abschließenden intuitiven Wertungsakt, zu gewinnen ist". Nun ist zwar richtig, daß Henkel mit diesen Worten den Idealfall umschreibt; die geschichtliche Erfahrung lehrt jedoch, daß in Henkel's Ansicht eine trügerische Verwechslung von Idee und Wirklichkeit verborgen liegt.

(650) vgl. Einführung S. 360

In der Geschichte der Rechtsentwicklung wurden diese Richtlinien nämlich stets zu festen, jede Individualität ausschließenden Normen ausgeformt. So wurde aus dem ius aequum des Prätors schließlich das edictum tralaticium, die equity wurde zum strengen Regelrecht geformt (651), und die im Rahmen des § 242 BGB gefundenen rechtsethischen Prinzipien wurden in Zusammenarbeit von Rechtsprechung und Wissenschaft zu festumrissenen subsumierbaren Regeln ausgearbeitet, bis schließlich die Möglichkeit individuelle Umstände zu berücksichtigen völlig geschwunden ist. Die Möglichkeit das Prinzip im Hinblick auf den Fall weiter zu modellieren kann dann letztlich nur mittels eines erneuten Durchbruches durch die abstrakt-generelle Regel, d.h. durch Anschauung der Individualität des Falles geschaffen werden. Ursache für diese Entwicklung sind nicht eine gewisse Trägheit der Rechtsprechung oder ein übersteigertes Bedürfnis nach Rechtssicherheit, nicht mangelnder Wille zur Anschauung und nicht eine geschichtlich notwendige, dialektische Entwicklung, sondern die Eigentümlichkeiten begrifflichen Denkens.

ff.) Mängel begrifflichen Denkens und Versuche zur Überwindung

1.) Abstraktion und "lex continui"

Der Begriff ist das Ergebnis eines besonderen Denkverfahrens, der Abstraktion. Entscheidend für den Vorgang der Abstraktion ist, wie groß Umfang und Fülle der wirklichen konkreten Umwelt sind, welche in den Begriffsinhalt mitaufgenommen werden, d.h. bis zu welchem Grad die Abstraktion erfolgen soll. Je abstrakter ein Begriff ist, desto mehr Einzelfälle vermag er zu fassen, desto inhaltsärmer ist er aber auch. Im Gegensatz dazu hat der bestimmtere Begriff zwar einen größeren Inhalt, aber dafür einen kleineren Umfang. Umfang und Inhalt eines Begriffes bedingen einander (652). Dieser mit zunehmender Abstraktion des Begriffes wachsende Inhaltsarmut entspricht nicht dem "unendlich verschlungenen Lebensgefüge der körperlich-geistig-seelischen Wirklichkeit" (653). Das Leben selbst kennt nicht die den abstrakten Begriffen eigene Klassifizierung. Die Wirklichkeit ist geprägt von fließenden Übergängen, von zunehmender Verfestigung und abnehmender Auflockerung, von abstufbaren Intensitätsgraden und anschaulichen Schattierungen.

(651) vgl. oben

(652) vgl. Badura, Methoden der neueren allg. Staatslehre S. 26; Litt, Das Allgemeine im Aufbau der geisteswissenschaftlichen Erkenntnis S. 1 - 25

(653) Litt, Erkenntnis und Leben S. 83

Die abstrakten Begriffe mit ihrem diese Wirklichkeit verengenden Entweder-Oder tragen dem wirklichen Leben nicht gebührend Rechnung. "Während die Eigenschaften der Objekte, die die Erfahrung uns darbietet, durch stetige Reihen möglicher Zwischenformen kontinuierlich, ohne scharfe Grenzen, miteinander verbunden sind, stellen die wissenschaftlichen Begriffe ihrer Funktion nach starre Formen dar, die scharfe Grenzen ziehen, wo fließende Übergänge bestehen, und die daher niemals zu einer angemessenen Darstellung unserer Erfahrungsbefunde mit ihrer mannigfaltigen Kontinuität zu führen vermögen" (654).

Die abstrakten Begriffe mit ihrer mangelnden Fähigkeit, die Variabilität und Graduierbarkeit der Merkmale zu berücksichtigen schleifen die Individualität der vielgestaltigen Wirklichkeit völlig ab. Dies gilt deshalb auch für die aus solchen Begriffen geformten abstrakt-generellen Weisungen, d.h. Normen (655).

Dem steht nicht die Erkenntnis entgegen, daß diese logischen Anforderungen an den Begriff - gemeint ist die Exaktheit des abstrakten, univoken Begriffes und die damit verbundene generalisierende Klassifizierung - von der praktischen Rechtswirklichkeit nicht voll bestätigt werden. So hat Hassemer (656) nachgewiesen, daß diesen logischen Anforderungen die Sprachlichkeit juristischer Begriffe (657) und der in der Sprachlichkeit vermittelte Wirklichkeitsbezug (658) widersprechen. Aber die daraus von Hassemer gezogene Folgerung, den Rechtsbegriffen die Begriffsqualität gänzlich abzuerkennen und die Begriffe durch andere Denkformen zu ersetzen (659), erscheint als zu radikale Folgerung. Denn dann ginge - wie Leenen (660) nachgewiesen - der methodische Gewinn der klassischen Typustheorie verloren. Besser ist es, am "Rechtsbegriff" festzuhalten und die mit dem abstrakten begrifflichen Denken verbundenen Mängel durch andere Denkformen zu korrigieren (661).

(654) Hempel/Oppenheim, Der Typusbegriff S.1

(655) vgl. Hempel/Oppenheim aaO. S. 1

(656) vgl. Hassemer, Tatbestand und Typus

(657) vgl. S.86 ff.

(658) S. 116 f.

(659) vgl. S.111

(660) vgl. Leenen, Typus und Rechtsfindung S. 32

(661) vgl. Leenen S. 32 ff. aaO.

β.) Korrigierende Denkformen

γ.) Der konkret-allgemeine Rechtsbegriff

Den oben beschriebenen Mängeln abstrakter Begriffe sucht Larenz durch die Lehre vom "konkret-allgemeinen Begriff" zu begegnen. Diese Lehre ist ein wesentlicher Kern der Hegel'schen Dialektik. Für Hegel besteht das Erkennen "in der spekulativen Entwicklung des Begriffes, die das Allgemeine - das nicht mehr das bloße durch Absehen von allen konkreten, individuellen Zügen und Unterschieden entstehende abstrakt-Allgemeine, sondern das die konkrete Fülle in sich erhaltende Unendliche ist - denkend in seine Konkretionen entwickelt" (662).

Die Erkenntnis der seienden Wirklichkeit kann deshalb auch bei der dialektischen Entfaltung des allgemeinsten Begriffes - dem Begriff des Seins - beginnen, weil dieser Begriff alles Allgemeine und Besondere beinhaltet. In diesem Sinne ist der konkret-allgemeine Begriff für Larenz dadurch gekennzeichnet, daß "in ihm die Fülle des Sinnes bewahrt und aufgeschlossen" (663) ist. Der konkret-allgemeine Begriff ist kein "sinn- und inhaltsleerer Rahmen" (664), sondern enthält "die Fülle des noch nicht in Besonderung entfalteten Seins" (665); er ist eine "unendliche, schöpferische Form, welche die Fülle alles Inhaltes in sich beschließt und zugleich aus sich entläßt" (666). Die Grundbegriffe des Rechtes sind nun nach Larenz solche konkret-allgemeine Begriffe (667); ihr Inhalt nimmt auf alle möglichen Besonderheiten Bezug, birgt diese Besonderheiten in sich, wird aber nicht "von diesen Besonderheiten abstrahiert" (668).

Auf dieser theoretischen Grundlage stellt Larenz den Begriff der Person und den Begriff des Eigentums als konkret-allgemeine Begriffe beispielhaft dar. (669). Fraglich für unsere Untersuchung ist danach, ob etwa der Begriff "unbillig" auch als konkret-allgemeiner Begriff verstanden werden kann, was insofern von Vorteil wäre, als wegen der Natur der konkret-allgemeinen Begriffe, d.h. ihrer Aufbewahrt- und Aufgeschlossenheit des gesamten Besonderen im Allgemeinsten, ein Abschleifen individueller Besonderungen nicht möglich ist. (Ist doch auch das Individuelle etwas Besonderes und insoweit im Allgemeinsten aufgehoben!)

(662) vgl. von Aster, Geschichte der neueren Erkenntnistheorie S. 617

(663) vgl. Larenz ML S. 475

(664) aaO.

(665) aaO.

(666) aaO. S. 476

(667) aaO. S. 482 - 487

(668) vgl. Engisch, Konkretisierung S. 32

(669) S. 483 - 486

Vordem bedarf es jedoch einer Entscheidung darüber, ob diese Lehre vom konkret-allgemeinen Begriff für die Rechtswissenschaft übernommen werden kann. Bestehend an der Lehre vom konkret-allgemeinen Begriff ist zunächst die in diesem Begriff angelegte Möglichkeit, den antinomischen Gegensatz von Besonderung und Allgemeinheit dadurch zu überwinden, daß die möglichen Besonderungen als bestimmte im konkret-allgemeinen Begriff enthaltene Momente gedacht werden, weshalb der konkret-allgemeine Begriff inhaltsreicher ist als seine Konkretionen. So sind im Begriff der Person die konkreten Momente der Handlungsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Verantwortung und Zurechnungsfähigkeit aufbewahrt und aufgehoben (670). Engisch kritisiert an der Lehre vom konkret-allgemeinen Begriff das Folgende: Der sogenannte konkrete Allgemeinbegriff ist gar kein Allgemeinbegriff im eigentlichen Sinne, denn "das Verhältnis zwischen dem sogenannten konkret-allgemeinen Begriff und seinen Besonderungen ist eben gar nicht das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen, sondern allenfalls das Verhältnis des ersten Begriffes einer Begriffsreihe zu den anderen Begriffen derselben Reihe, die dann insgesamt nur durch einen "abstrakten" Begriff, der die ganze Reihe der Besonderungen "umfaßt", zusammengehalten werden können" (671). Diese Kritik ist das Ergebnis folgender von Engisch getroffener Überlegung: "Allgemeinheit bedeutet nun einmal - - , daß das Besondere (B) oder auch das Individuelle (J) ein Anwendungsfall, ein Unterfall, des Allgemeinen (A) ist, daß also das Urteil gilt: B bzw. J ist A. Für B, J und A müssen wir aber doch jederzeit die entsprechenden Definitionen einsetzen dürfen, also z.B. für B als eine Besonderung: Person, die zwar handlungs- und zurechnungsfähig, aber nur beschränkt geschäftsfähig ist, für A dagegen (weil es sich hier um den reichsten Begriff handelt): Person, die handlungs- und zurechnungs- und vollgeschäftsfähig ist. Setzt man nun diese Definitionen ein, so ergibt sich, falls A wirklich ein Allgemeinbegriff ist und B ein von ihm "umfaßter" besonderer Begriff sein soll, die Möglichkeit einer Aussage von der Gestalt: "B ist A" und das würde nun bedeuten: eine Person, die.... nur beschränkt geschäftsfähig ist, ist eine Person, die.... vollgeschäftsfähig ist" (672).

(670) Larenz ML S. 485

(671) vgl. Engisch Konkretisierung S. 175

(672) Engisch aaO. S. 174 - 175

Der sogenannte konkret-allgemeine Begriff kann demnach kein Allgemeinbegriff im eigentlichen Sinne sein; er ist vielmehr als ein Vollbegriff besonderer Abstraktionshöhe anzusehen, der eine ganze Reihe von Besonderungen umfaßt, dessen Verhältnis zu den Besonderungen aber nicht als ein Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen gedacht werden kann, sondern höchstens im oben beschriebenen Sinne. Da demnach die Lehre vom konkret-allgemeinen Begriff einer kritischen Betrachtung nicht standzuhalten vermag, erscheint es nicht gerechtfertigt, ihre Folgerungen auf das Verständnis des Begriffes "unbillig" zu übertragen.

ββ.) Der Typus

ααα.) Typisieren als konkretisierendes Verfahren

Henkel sieht in der typisierenden Betrachtung (673) ein juristisches Verfahren, das von allen Besonderheiten absieht und sich vorwiegend mit den Sozialbeziehungen "in ihrer Lebenstypizität, d.h. in ihren art- und gruppenmäßigen übereinstimmenden und darin immer wiederkehrenden Merkmalen" (674) befaßt. Die Typisierung ist nach ihm der generalisierenden Betrachtungsweise zuzurechnen (675). Diese Auffassung entspricht jedoch nicht mehr dem modernen Verständnis vom Wesen des Typus. Engisch (676) hat nachgewiesen, daß "allen modernen Auffassungen vom Typus, allen Gegenüberstellungen von Typus und Allgemeinbegriff" die Erkenntnis zugrundeliegt, "daß der Typus auf die eine oder andere Weise "konkreter" ist als der Begriff" (677). Der Typus ist zwar eine Denkform des Allgemeinen, aber er enthält eine im Vergleich zum abstrakt-begrifflichen Denken stärkere Hinwendung zum Realen (678). In diesem Sinne sagt Theodor Litt, der Typus soll die "Fühlung mit der Mannigfaltigkeit der zugehörigen konkreten Erscheinungen aufrechterhalten" und verträgt es daher nicht, "zur Schärfe eines in Definitionsform fixierten Klassebegriffes durchgebildet zu werden" (679).

(673) vgl. Henkel aaO. S. 352 ff.

(674) aaO.

(675) vgl. auch andere bei Leenen aaO. angegebenen Fundstellen

(676) vgl. Engisch, Konkretisierung S. 262

(677) vgl. auch Larenz ML S. 423;
Leenen aaO. S. 27

(678) vgl. Hempel/Oppenheim, Der Typusbegriff S.1-9

(679) Litt, Das Allgemeine im Aufbau der geisteswissenschaftlichen Erkenntnis S. 24 f.

Da wir den Begriff "unbillig" als Verweisung auf die Individualität des Falles verstanden haben, jede Individualisierung aber eine Rückströmung zum Allgemeinen mit der damit verbundenen Gefahr einer Abschleifung des Individuellen zur Folge hat, erscheint es gerechtfertigt, die Brauchbarkeit des typisierenden Denkens wegen der diesem Denken eigenen Möglichkeit, im Allgemeinen das konkret-Individuelle zu bewahren, für das Verständnis des Begriffes "unbillig" zu untersuchen.

§ 3.) Der Unterschied zwischen begrifflichem und typisierendem Denken.

Die Unterscheidungsmerkmale zwischen begrifflichem und typisierendem Denken hat besonders klar Leenen (680) herausgearbeitet. Er unterscheidet Typus und Begriff anhand der Merkmale Offenheit, Sinnhaftigkeit, Ganzheitlichkeit und Anschaulichkeit.

1.) Offenheit

Offenheit des Typus bedeutet ihm vom "Typus als Merkmalskombination" her gesehen: "Abstufbarkeit der typischen Züge" (681) im Gegensatz zur bewußten Vernachlässigung "der abgestuften Qualität der Erscheinungen" (682) beim Begriff; vom Objektsbereich her gesehen: die "reihenförmige" Ordnung (683) der Objekte im Gegensatz zur "gleichstufigen" Klassifizierung (684) beim Begriff; und vom Zuordnungsverfahren her gesehen die richtige "Stellung eines Objektes in der fraglichen Abstufungsreihe" (685) im Gegensatz zur im Subsumtionsverfahren zu treffenden "aut - aut" - Entscheidung beim Begriff (686).

Kennzeichen der Offenheit des Typus ist für Leenen vorwiegend die "beliebige Ausprägungsmöglichkeit" (687), während die Klassenbegriffe die fließenden Übergänge vernachlässigen (688).

(680) vgl. Leenen, Typus und Rechtsfindung § 4 - 6

(681) S. 34

(682) S. 38

(683) S. 35

(684) S. 38

(685) S. 35

(686) S. 38 - 39

(687) S. 40

(688) Hempel/Oppenheim aaO. S. 1;
Larenz ML S. 419

2.) Sinnhaftigkeit

Die Frage nach der Sinnhaftigkeit des Typus ist die Frage nach dem konstituierenden Moment, d.h. die Frage nach dem "den Typus als Merkmalsinbegriff zusammenhaltenden Moment" (689). Da der rechtliche Typus gebildet wird "als Zusammenfassung rechtlich gleichsinniger Erscheinungen" (690) bedeutet Sinnhaftigkeit "das Korrelat zur Gleichsinnigkeit im Hinblick auf den konstitutiven Bedeutungs- oder Wertgesichtspunkt" (691). "Gleichsinnigkeit unter einem Wertaspekt" (692) ist das den rechtlichen Typus konstituierende Merkmal, "Sinnhaftigkeit dessen notwendiges Korrelat, Voraussetzung und Folge der Gleichsinnigkeit in einem" (693). Während also der Typus durch den Wertgesichtspunkt konstituiert wird, "so ist es beim Begriff der mögliche Bedeutungsspielraum der zur Kennzeichnung der ihn bildenden Merkmale verwendeten Sprachzeichen" (694). Nun sind zwar auch im juristischen Begriff Wertbezüge enthalten, die besonders bei der Bildung oder Auswahl der zu gebrauchenden Begriffe Bedeutung erlangen, die Begriffsanwendung jedoch erfolgt "grundsätzlich ohne Rückgriff auf die Wertung", "die Frage nach dem Vorliegen der Begriffsmerkmale vertritt die Wertungsfrage" (695).

3.) Ganzheitlichkeit

Die Ganzheitlichkeit des Typus wird dadurch gekennzeichnet, daß die einzelnen Merkmalszüge nicht isoliert bestimmt werden können, "sondern nur in ihrer gegenseitigen Verbundenheit und Abhängigkeit Bedeutung haben" (696). "Der Typus stellt nicht nur ein elastisches, sondern vor allem ein interdependentes Merkmalsgefüge dar, wobei gerade die Art und Weise der Verknüpfung, der gegenseitigen Ergänzung und Beschränkung zur Erkenntnis des Ganzen beiträgt" (697). Dagegen ist der Bedeutungsspielraum der Begriffsmerkmale "nicht vom Zusammenspiel der einzelnen Merkmale untereinander" (698) abhängig.

(689) S. 42

(690) S. 43

(691) S. 43

(692) S. 44

(693) S. 44

(694) S. 45

(695) S. 45

(696) S. 47

(697) S. 47; vgl. auch Larenz ML S. 431;
Engisch, Konkretisierung S. 248 - 250

(698) S. 47

4.) Anschaulichkeit

Die Anschaulichkeit wird von Leenen folgendermaßen bestimmt: "Da jeder Zug durch die übrigen Züge wie durch den konstitutiven Wertaspekt in seiner Bedeutung begrenzt wird (und daher je nach der Ausprägung der übrigen Züge auch ganz fehlen kann), kann typologische Beschreibung eine wesentlich größere Merkmalsfülle zur Verdeutlichung des Typus verwenden, als das auf Abgrenzung angelegte Verfahren der Begriffsbildung, das nur wenige und "abstrakte", d.h. aus ihrer Verbindung gelöste, Merkmale, diese aber in ihrem begrifflichen Bedeutungsumfang heranzieht" (699).

Zusammenfassend kann demnach gesagt werden, daß das typologische Denken obwohl es gleichwie das begrifflich-abstrakte Denken eine Denkform des Allgemeinen darstellt, ausgezeichnet ist durch ein ausgewogenes und charakteristisches Verhältnis zwischen Bestimmtheit und Abstraktion. Der Typus mit seinen variablen Ausdrucksmöglichkeiten entspricht mehr der fließenden Lebenswirklichkeit mit ihren gleitenden Übergängen. Besonders kennzeichnend für die Offenheit des typisierenden Denkens ist die Möglichkeit, eine Entscheidung nicht in das aut - aut starrer Klassenbegriffe einzuordnen sondern der Abgestuftheit des realen Lebens durch die sprachliche Verwendung des Komparatios Rechnung zu tragen (700). Alles in allem ist das typisierende Denken trotz Anwendbarkeit im Allgemeinen in der Lage, die dem abstrahierenden Denken innewohnende Tendenz zur Sinnentleerung und zur Ausbildung kontradiktorischer Gegensätze (701), d.h. letztlich auch die Abschleifung konkret-individueller Züge durch größere Bildhaftigkeit und Strukturiertheit der Ausdrucksmöglichkeit zu vermeiden.

))) Typisierendes Denken und Individualität

Wir hatten oben herausgearbeitet, daß der Rechtswissenschaft eine generalisierende Betrachtungsweise vorwiegend eigen ist. Selbst bei normativer oder sachlogischer Weisung zur Individualität setzt alsbald ein Rückstrom zum Allgemeinen ein, der letztlich in den Eigentümlichkeiten abstrakt-begrifflichen Denkens seine Ursache hat. Da wir aber den Begriff "unbillig" letztlich sinnvoll nur als Verweisung auf die Individualität des Falles begreifen können, müßte eine Denkform gefunden werden, welche trotz der abstrakt-generellen Ordnungstendenz des Rechts die Fülle des Individuellen in sich aufbewahrt und aufgeschlossen hält.

(699) S. 47 - 48

(700) vgl. Hempel/Oppenheim S. 38 - 40

(701) vgl. Larenz ML S. 419

In diesem Zusammenhang erscheint fraglich, ob dem Typus individualisierende Elemente eigen sind, wo er doch ein Allgemeines ist und insofern voreilig als Gegensatz zum Individuellen gedeutet werden könnte. Nun ist der Typus zwar eine allgemeine Denkform, jedoch nähert sich diese Denkform im Gegensatz zum begrifflichen Denken (702) der Sinnfülle und Bildhaftigkeit der individuellen Gestaltung" d.h. der Typus ist imstande auch in der Allgemeinheit Bildhaftigkeit, Anschaulichkeit und Sinnhaftigkeit zu bewahren, er ist "einer Wandlung durch Einbeziehung oder Ausschließung erst später in den Blick kommender Fälle und Fallgruppen zugänglich" (703). Bezogen auf die Spannung zwischen Begriff und Individualität hat dies Engisch unter Berufung auf H.Maier mit folgenden Worten ausgedrückt: "Ist der Begriff das Ergebnis einer begrifflichen, die Individualität das Ergebnis einer anschaulichen Abstraktion; so ist der Typus das Ergebnis einer, komparativ-anschaulichen Abstraktion. Diese teilt mit der begrifflichen Abstraktion das Herausheben gemeinsamer Momente aus einer Vielzahl gleichartiger oder ähnlicher Einzelercheinungen, aber sie dringt doch nicht zu einem allgemeinen Begriff vor, sondern zu einem "Ganzen von anschaulichen Zügen", das zwar keinen echten aber doch einem "fingierten Individualobjekt", dem Typenobjekt, zugeschrieben wird. Dieses Typenobjekt kann nicht einmalig sein wie das "Individualobjekt im engeren Sinne". Aber wie die eigentliche Individualität hat es Bezug auf aktuell Reales" (704).

Der Typus ist demnach die angemessene Denkform die im Begriff "unbillig" aufeinanderprallenden Tendenzen, nämlich Verweisung auf die Individualität des Falles und vergleichend-ordnende Generalisierung (705) des Individuellen vereinend aufzulösen.

§§§.) Typus "unbillig"

§§§§.) "unbillig" als normativer oder empirischer Typus ?

Der normative Typus erscheint als Vorbild, der empirische Typus als Abbild eines den Dingen zugrunde liegenden Urbildes (706). Der empirische Typus ist demnach gekennzeichnet durch in der Wirklichkeit gegebene, auch wirklich vorkommende reale Elemente. Der normative Typus ist nach den Merkmalen einer spezifischen rechtlichen Wertung gekennzeichnet.

(702) vgl. oben §§§

(703) Leenen S. 65 aaO

(704) vgl. Engisch, Konkretisierung S. 261

(705) siehe die oben beschriebene Rückströmung zum Allgemeinen

(706) vgl. Larenz ML S. 425

Der empirische Typus "fungiert nicht als Wertmaßstab", sondern erfaßt nur "das So-Sein eines in der Realität anzutreffenden ganzheitlich-Allgemeinen". Der normative Typus ist "Zielbild" und zugleich "Bewertungsmaßstab für alles, was empirisch an - ... - Verwirklichungen anzutreffen ist" (707). Wenn nun die Unbilligkeit i.S.d. § 131 AO am besten typologisch erfaßt werden kann, so ist fraglich, ob der der Norm zugrundeliegende Typus ein normativer oder empirischer Typus der Unbilligkeit ist. Leenen hat darauf aufmerksam gemacht, daß die empirischen Typen nur in den seltensten Fällen in das Gesetz unmittelbar eingehen. Eine Umformung der empirischen Typen unter spezifisch rechtlichen Gesichtspunkten ist nämlich deshalb erforderlich, da "es nicht so sehr Aufgabe des Gesetzes" ist, "Wirklichkeit genau zu beschreiben, als vielmehr, diese gerecht zu regeln, zu gestalten" (708). Der Typus "unbillig" muß demnach als normativer Typus begriffen werden.

§ 33: Die methodologische Bedeutung des Typus bei der Gesetzesinterpretation.

Da wir die Unbilligkeit i.S.d. § 131 AO als normativen Typus verstanden wissen wollen, ist fraglich, wie sich diese Erkenntnis methodologisch auf die Interpretation des § 131 AO auswirken soll. Denn der § 131 AO ist mittels - abstrakt - allgemeiner Begriffe gebildet worden. Fraglich ist also wie sich das typologische Denken gegenüber den begrifflich abgefaßten Gesetzen durchsetzen soll (709).

Die herkömmliche Antwort auf die Frage nach der methodologischen Bedeutung des Typus bei der Gesetzesinterpretation liegt darin, daß der Typus dem Gesetz zugrunde liegt (710). Das kann aber nur bedeuten, daß der Typus gegenüber dem begrifflich abgefaßten Gesetz sich seinen eigenen Charakter bewahrt hat. Wie aber ist nun das Verhältnis von Typus und Gesetz? Die konsequente Trennung von Typus und Gesetz müßte zu dem Ergebnis gelangen, daß die dem Gesetz zugrundeliegenden Wertungen wohl typologisch gefunden worden sein können, die "normativ verbindliche Fassung des so entstandenen Gesetzes" aber "grundsätzlich begriffslogisch" sei, woraus folgen muß, "daß dem Richter die Aufgabe, der Subsumtion der Fallmerkmale unter die begrifflichen Typenmerkmale des Gesetzes" (711), nicht aber die der Zuordnung des konkreten Falles zu dem dem Gesetz zugrunde liegenden Typus zukommt" (712).

(707) Larenz ML S. 425

(708) Leenen aaO. S. 86 unter Berufung auf Badura

(709) Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob gesetzliche Tatbestände nur mittels abstrakt-allgemeiner Begriffe oder auch typologisch gefaßt werden können. M.E. ist mit Leenen vgl. aaO. § 8 entgegen Henkel vgl. Henkel, Einführung S. 355 - die zweite Alternative zu bejahen

(710) vgl. die bei Leenen S. 85 in den Fußnoten
angegebenen Fundstellen

(711) vgl. Henkel, Einführung S. 355

(712) vgl. Leenen aaO. S. 87

Der Typus wäre danach nur als Denkform von Interesse, methodologisch jedoch ohne jede Bedeutung. Die Trennung von Typus und Gesetz wird jedoch nicht konsequent vollzogen. Im Gegenteil soll der Anwendungsbereich der normativen Rechtsbegriffe "gemäß dem zugrunde liegenden Typus zu bestimmen sein" (713). Das heißt aber nichts anderes, als daß die abstrakten Rechtsbegriffe typologisch zu verstehen sind, m.a.W. die Auslegung des Begriffes muß den hinter dem Begriff verborgenen Typus durchscheinen lassen. "Und darum muß bei der konkreten Rechtsfindung immer wieder auf die vom Gesetz gemeinten Typen, auf die ihm zugrundeliegenden Modellvorstellungen zurückgegriffen werden. Darin besteht das Wesen der "teleologischen Interpretation", daß sie nicht mit den abstrakt-definierten Gesetzesbegriffen, sondern mit den dahinter stehenden Typen arbeitet" (714/715).

Als Ergebnis bleibt danach festzuhalten, daß bei der Interpretation des Begriffes "unbillig" der Typus Unbilligkeit aufgesucht und aufgeschlossen werden muß.

444.) Typus Unbilligkeit

Gefragt ist schließlich noch nach dem Gehalt des Typus Unbilligkeit. Hierfür ist zunächst entscheidend, wodurch der Typus Unbilligkeit konstituiert wird, d.h. was das den Typus Unbilligkeit zusammenhaltende Element ist. Die Zusammenfassung verschiedener Elemente zu einem Typus geschieht unter einem bestimmten Blickwinkel. Was ist demnach der für den Typus Unbilligkeit konstituierende Bedeutungsgesichtspunkt? Unbilligkeit haben wir als Verweisung auf die Individualität des Falles begriffen, und Grund und Grenze dieser Verweisung in der metarechtlichen Strömung erblickt, die den Eigenwert individueller Personhaftigkeit gegenüber kollektivistischem Gemeinschaftsdenken bejaht und betont (716).

(713) vgl. Leenen aaO. S. 37; unter Berufung auf Arthur Kaufmann vgl. Analogie und "Natur der Sache" S. 38 ff.

(714) Kaufmann aaO. S. 40

(715) Leenen kritisiert diese "die Begrifflichkeit des Gesetzes gleichzeitig fordernde und durchbrechende Gedankenführung", und schlägt die Typologik als geeignetes Verfahren der Gesetzgebung vor vgl. S. 38 ff; dies ist hier jedoch nicht weiter zu verfolgen, da die Abgabenordnung ein eindeutig begrifflich abgefaßtes Gesetz ist.

(716) vgl. das Schlagwort: Vom Tatstrafrecht zum Täterstrafrecht!

Das konstitutive Merkmal des Typus Unbilligkeit ist demnach die Achtung vor dem Wert der eigenverantwortlichen Personhaftigkeit und der individuellen menschlichen Existenz. Diese Achtung ist die Sinnhaftigkeit der Unbilligkeit und damit das zusammenhaltende Element des Typus Unbilligkeit. Auf dieses Sinnzentrum, auf diesen geistigen Kern können die verschiedensten Momente bezogen werden wie z.B. Würdigkeit, Bedürftigkeit, proportionale Gleichheit, Zumutbarkeit, Grundrechtsprinzip usw. Von diesem Sinnzentrum her werden alle Merkmale her bestimmt, auf diesen Kern bezogen und dadurch in ihrer Funktion festgelegt. Alle diese und mögliche andere Momente bilden das "interdependente Merkmalsgefüge" Typus der Unbilligkeit. Aus der Vielfältigkeit der verwendbaren Merkmale folgt die Anschaulichkeit und Bildhaftigkeit des Typus Unbilligkeit; denn jedes Merkmal wird durch die anderen Merkmale und durch den genannten konstitutiven Wertaspekt in seinem Gehalt begrenzt, kann aber dennoch zu Verdeutlichung herangezogen werden. Der Typus Unbilligkeit erlaubt wegen seiner Offenheit dehnende Wertungen, Berücksichtigung von Abstufungen und die Beachtung fließender Übergänge. Ein Sachverhalt ist nicht entweder von Unbilligkeit geprägt oder nicht, sondern mehr oder weniger unbillig und in höherem Maße unbillig als andere oder auch umgekehrt. Die sprachlich zulässige Verwendung des Komparatios kennzeichnet die Unbilligkeit nicht als Klassenbegriff, sondern als typologischen Ordnungsbegriff. So kann in einer Gesamtbetrachtung aller oben genannter Merkmale ein Sachverhalt "noch dem Typus unbillig zugerechnet werden", der andere jedoch "nicht mehr" berücksichtigt werden (717).

Alles in allem ist der Typus Unbilligkeit ein Allgemeines, bewahrt aber dennoch die Fülle des Individuellen und Konkreten in sich. Der genannte konstitutive Bedeutungsgesichtspunkt läßt sinnhaft bezogen individuelle Ausformungen zu. Die Unbilligkeit als Verweisung auf die Individualität des gegebenen Falles kann typologisch verstanden und gehandhabt individualisierende und generalisierende Momente als notwendige und zwangsläufig antinomische Elemente in sich vereinen. Der Typus unbillig ist demnach künftig bei der Interpretation des Rechtsbegriffes "unbillig" i.S.d. § 131 AO im hier beschriebenen Gehalt brauchbar zu machen.

(717) vgl. Hempel/Oppenheim S. 65 ff.

Als wesentliches Merkmal einer rechtlichen Präzisierung des Begriffes "unbillig" wurde schließlich der Begriff der Individualität herausgearbeitet. Da aber der Begriff des Individuellen logischerweise eine begriffliche Verallgemeinerung nicht duldet, vermochte der Begriff "unbillig" letztlich nicht anders gekennzeichnet werden als als Verweisung auf die konkrete Individualität des zu entscheidenden Falles, d.h. die zu findende Individualität der anstehenden Problemlösung. Schließlich wurde angeregt wegen der Rückströmung individuellen Denkens zum Allgemeinen die Denkform des Typus für den Begriff "unbillig", d.h. für die juristische Arbeit mit dem Begriff "unbillig" brauchbar zu machen.

Zusammenfassung

=====

Der Wortsinn des Begriffes "unbillig" ist allgemein und unscharf, und ungeeignet den Rechtsgehalt des Begriffes zu präzisieren.

Der Begriff "unbillig" entzieht sich nicht etwa deshalb einer rechtlichen Präzisierung, weil gnapenrechtliche Elemente in ihm enthalten wären. Vielmehr sind die Begriffe "Gnade" und "Billigkeit" streng zu scheiden. Der Gnade wohnt ein Gnadenwert, der Billigkeit ein Rechtswert inne.

Die historische Entwicklung des § 131 AO hat die enge Verknüpfung der Billigkeit mit dem jeweiligen verfassungsrechtlichen Denken aufgezeigt. Anhand einer am Sinn und Zweck des § 131 AO orientierten Auslegungsmethode wurde die enge Verbindung des Begriffes "unbillig" mit dem neuen rechtsetztaätlichen Gesetzesverständnis und der heutigen Stellung des Bürgers als mitverantwortlich inkorporiertem Bestandteil des Staatswesens offenkundig. Aber auch diese für ein Verständnis des Sinn und Zweckes des § 131 AO unerläßlichen Gesichtspunkte erlauben keine rechtliche Präzisierung des Begriffes "unbillig".

Die grundsätzliche Problematik für eine rechtliche Präzisierung des Begriffes "unbillig" ergab sich aus dem Niedergang der Betrachtungsweise des Gesetzespositivismus, d.h. daß die Rechtsanwendung nicht auf den kognitiven Akt der Subsumtion von Sachverhalten unter das in jeder Rechtsnorm enthaltene hypothetische Urteil beschränkt werden kann, sondern vom Rechtsanwender eine interpretative Entscheidung erfordert, in welcher sich kognitiven mit volitativen Elementen vermengen. Die für diese Interpretation allgemein-verbindlichen Maßstäbe konnten aber weder vom Naturrecht, von der Freirechtsbewegung und anderen rechtstheoretischen Schulen, m.a.W. von keiner der den positiven Rechtsbegriff überwindenden rechtstheoretischen Lehren geliefert werden. Wenn der notwendigen Einheit staätlichen Rechtsdenkens - und der hierfür offenkundigen Bedeutung der Verfassung - wurden die für die rechtliche Konkretisierung des Begriffes "unbillig" benötigten interpretativen Weisungen als verfassungsrechtliche erkannt und das Grundgesetz auf die in Frage kommenden Weisungen hin untersucht. Die vielzitierte Billigkeit erwies sich bei näherer Untersuchung keineswegs als eigenständiges Rechtsprinzip; sie ist vielmehr nur ein Sammelbegriff für alle Elemente, welche die Auflockerung und Durchbrechung der logischen Strenge der dogmatisch präzise fixierten Institutionen bewirken und den außerhalb des Strengrechts selbständig wirkenden Rechtswerten zur Geltung verhelfen. Auch der insbesondere von der Rspr. herangezogene Gleichheitsgrundsatz vermochte den Begriff "unbillig" nicht näher zu präzisieren. Besonders der Begriff der sachlichen Unbilligkeit konnte einer gründlichen Kritik nicht standhalten.

Weitere Gesichtspunkte wie z.B. Sozialstaatsprinzip, Zweckmäßigkeit, Verhältnismäßigkeit u.a. waren für die Lösung der aufgezeigten Problematik gleichfalls ungeeignet.

Als wesentliches Merkmal einer rechtlichen Präzisierung des Begriffes "unbillig" wurde schließlich der Begriff der Individualität herausgearbeitet. Da aber der Begriff des Individuellen logischerweise eine begriffliche Verallgemeinerung nicht duldet, vermochte der Begriff "unbillig" letztlich nicht anders gekennzeichnet werden als als Verweisung auf die konkrete Individualität des zu entscheidenden Falles, d.h. die zu findende Individualität der anstehenden Problemlösung. Schließlich wurde angeregt wegen der Rückströmung individuellen Denkens zum Allgemeinen die Denkform des Typus für den Begriff "unbillig", d.h. für die juristische Arbeit mit dem Begriff "unbillig" brauchbar zu machen.

Ich, Heribert Rödel, wurde am 26.11.1950 in Laubenheim bei Mainz als zweites Kind des Steuerberaters Dr. Anton Rödel und seiner Ehefrau Ida geboren.

Nach Besuch der Volksschule in Mainz trat ich in die Sexta des humanistischen Gymnasiums Ettal ein. Nach drei Schuljahren wechselte ich auf das humanistische Gymnasium der Schule Schloss Salem über. Die letzten beiden Schuljahre verbrachte ich am Theresianum in Mainz, wo ich am 31. März 1969 das Zeugnis der Reife erhielt.

Aus Gesundheitsgründen vom Militärdienst befreit, begann ich im Wintersemester 1969 an der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz Jura und Philosophie zu studieren. Zum Sommersemester 1971 wechselte ich auf die Universität München über. Das erste juristische Staatsexamen legte ich am 25. Juli 1973 in München ab. Seit dem 23. August 1974 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen.

Die mündliche Prüfung bestand ich am 4. Februar 1975.

